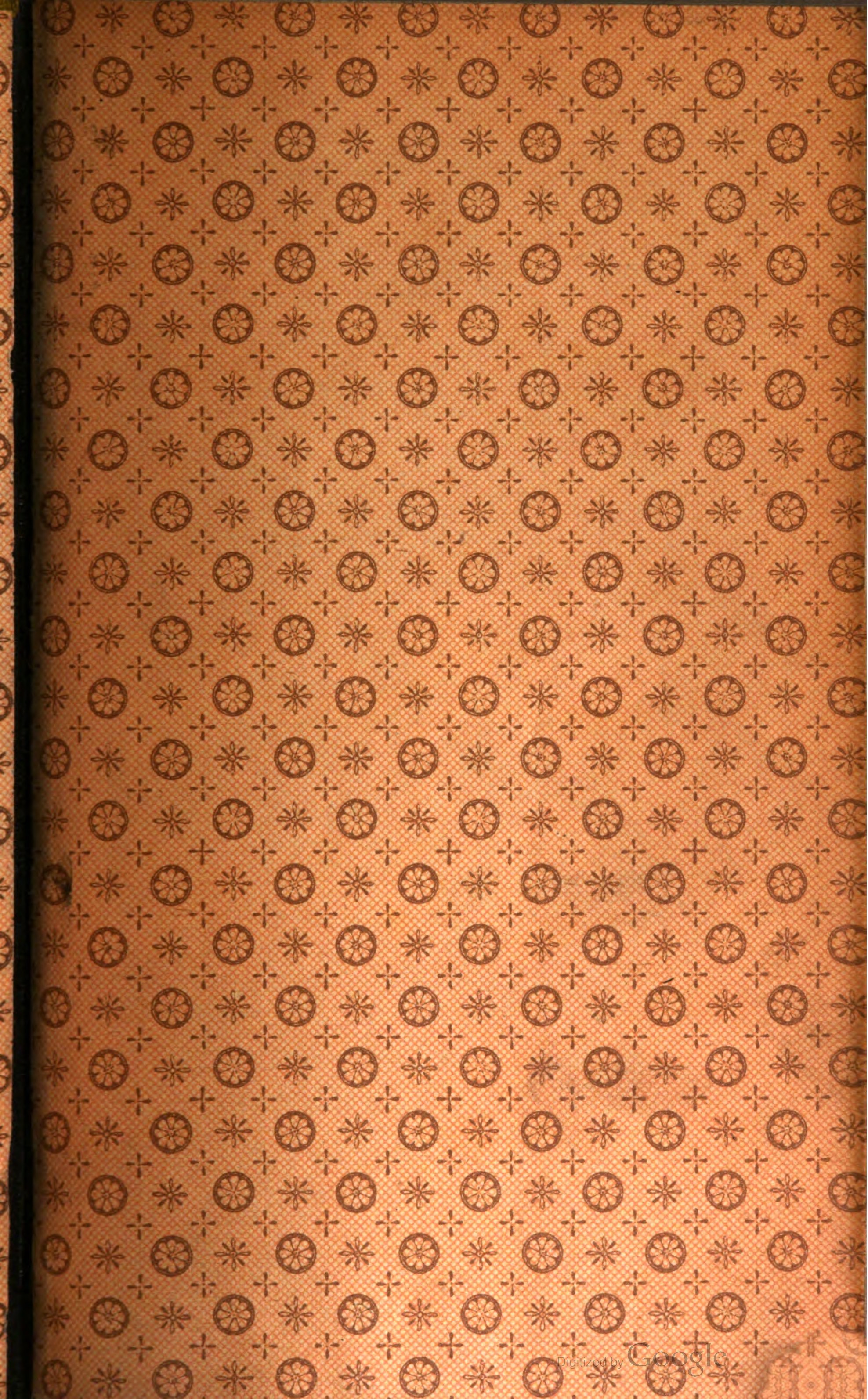



P. DE MEYER
BOEKBINDER-RELIEUR
TICHELRIJ. 13.
GENT



Rheinisches Museum

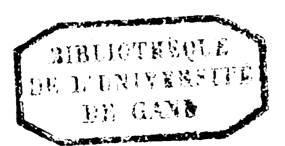
für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

Blume, Böcking, Hollweg, Puchta,
Puggé und Unterholzner.



Sechsten Bandes erstes Heft.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1833.

Inhalt des sechsten Bandes.

Seite

I.

Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensaz der in personam und in rem actio.

Aus dem Nachlaß des jüngeren Hasse.

Einleitung.

Die Aufgabe dieses Aufsazes ist, zu untersuchen, was für ein Recht die actio ist, das heißt, den Plaz aufzufinden, den die actio als Klagrecht im System der Rechte einnimmt; dann den Gegensaz von in personam und in rem actio zu entwickeln. Es ist nicht die Absicht, bei dem stehen zu bleiben, was sich als Ansicht der Römischen Jurisprudenz unmittelbar aus den Quellen aufweisen läßt; sondern es soll auf das Allgemeinere zurükgegangen werden, was in der Entwickelung des Römischen Rechts seinen speciellen Ausdruk gefunden hat.

Wir sezen für's erste voraus, daß es ein Recht, welches die actio ist, überhaupt gibt. Die Römer erkennen ein solches an in ihrer Definition: actio est ius persequendi iudicio, quod sibi debetur (pr. I. d. action. und L. 51. D. d. obll. et actt.); auch von den Neueren ist die Existenz desselben nirgends geleugnet worden, wenn man nicht das gänzliche Schweigen darüber an manchen Orten, wo davon die Rede sein müßte, für eine Ver-

neinung halten will. Die davon reden, gehen der Römischen Definition nach, ohne sie jedoch weiter mit dem System in Verbindung zu bringen. Nur die Beschränkung, welche in dem „quod sibi debetur" der Stellen zu liegen scheint, heben sie auf, und sagen allgemein: actio ist das Recht, für ein andres Recht den richterlichen Schuz anzurufen. Dann pflegt jedoch zur näheren Bestimmung des Wesens der actio ein Saz aufgestellt zu werden, der mit dieser Erweiterung der Definition im Widerspruch zu stehen scheint, indem er, wenn er richtig ist, das beschränktere „quod debetur" der Römischen Stellen nothwendig macht. Der Saz lautet so: das was der actio zu Grunde liegt, ist immer eine obligatio [1]). Er wird so begründet: Bedingung des Klagerechts ist 1. ein Recht, 2. seine Verlezung, und eben durch diese nimmt jenes die Gestalt einer obligatio an. Diese Begründung wird zugleich mit dem Saze selbst ihre Würdigung finden. Der Saz ist dann unrichtig, wenn sich irgend ein Fall findet, wo actio und doch keine obligatio als ihre Grundlage ist. Wir wollen einmal, vielleicht nicht für lange, einräumen, daß, wenn mir der Besiz meiner Sache entzogen, oder sonst der meinem Eigenthum entsprechende Zustand verlezt ist, der rei uindicatio oder negatiua actio eine Obligation des Besizenden oder Verlezenden auf Herausgabe oder Ersaz zu Grunde liegt; aber es ist bekannt genug, daß die negative Eigenthumsklage schon durch wörtliche Bestreitung des freien Eigenthums, und so gegenüber die Servitutenklage schon durch die Behauptung desselben von Seiten des Eigenthümers begründet ist (L. 8. pr. L. 9. pr. L. 11. si seru. uindic. L. 15. pr. de op. n. n.). Welche Obli-

1) Wird zuweilen gesagt: jede actio ist eine obligatio, so ist das doch wohl ein freilich sehr ungenauer Ausdruk dieses Sazes.

gation besteht denn hier zwischen den streitenden Parteien? Schaden ist bis jezt nicht geschehen, also von Ersaz nicht die Rede. Man könnte an Cautionsverbindlichkeit denken; und allerdings kann der Richter unter Umständen schon wegen nicht thätlich gewordener Anmaaßung Sicherstellung für künftige Störung befehlen; aber das ist immer etwas vom besondren Ermessen des Richters Abhängiges, nicht das Regelmäßige, am wenigsten das immer Eintretende. Ist denn etwa Anerkennung des geleugneten Rechts Gegenstand der Verpflichtung? wie kann das Gegenstand eines besondern Verpflichtungsverhältnisses, einer Obligation sein, da Anerkennung der Rechte andrer die allgemeine Bürgerpflicht ist. Aber vielleicht ausdrüklich an den Tag gelegte Anerkennung und Widerruf der Leugnung, ähnlich der Ehrenerklärung wegen Abspruchs der Ehre? Das wäre allerdings eine besondre Pflicht; aber von einer solchen ist hier nirgends eine Spur, es wäre auch thöricht, so etwas zu verlangen, da in diesen Fällen der Ausspruch des Richters vollkommen hinreichen muß, den vorhergegangenen Widerspruch des Gegners aufzuheben. — Es fällt ferner bei den praeiudiciales actiones sogleich in's Auge, daß ihnen nicht eine mit der actio entstehende Obligation zu Grunde liegt. Gaius IV. 44. führt als Beispiel das praeiudicium über die Frage: quanta dos sit? an. Man denke sich: es ist eine dos aestimata übergeben, über die Richtigkeit der Schäzung entstehen während der Ehe Zweifel und man geht vor den Richter, um die Sache reguliren zu lassen [2]). Nicht darüber soll er entscheiden, was zurükzugeben ist, eine solche Pflicht

2) Es kam dieses praeiudicium wohl vorzüglich im Fall der L. 2. §. 1. de I. D. vor: die Frau behauptet bei der aestimatio übervortheilt zu sein. Der Richter soll hier die iusta aestimatio, die nach der Stelle der Mann, wenn es zur Restitution kommt, manchmal prästiren muß, bestimmen.

existirt noch gar nicht, da die Ehe noch dauert, vielleicht kommt es nie zur Restitution; nichts als die Frage: wie groß ist die dos, d. h. wie viel ist das werth, was die Frau zur dos gegeben, hat er zu beantworten. — Ein nicht weniger deutliches Beispiel geben die Theilungsactionen. Man denke sich, zwei, die bisher ganz friedlich ihren gemeinsamen Boden bebaueten, werden nun einig, sie wollen ihn theilen, und damit das unparteiisch geschehe, stellen sie die Theilung dem Richter anheim. Der Richter spricht jedem ein Stük des Ackers zu. Welche obligatio ist es denn hier, die durch das iudicium realisirt werden soll? — In diesen Fällen, besonders den ersteren, wo keine condemnatio in der Formel vorkommen konnte [3]) (s. Gai. IV. 44.), nannten auch die Römer den Gegner des actor gewiß nie reus, eine Annahme, die ich, wie sich unten ergeben wird, für gleichbedeutend halte mit der, daß dieser Ausdruk auf die in rem actiones, so weit sie das wirklich waren, überhaupt keine Anwendung fand.

Mit Bezug auf den besprochenen Saz, daß jeder actio eine obligatio unterliege, wird dann gewöhnlich der Gegensaz von in personam und in rem actio so gestellt: erstere sei die, wo das ursprüngliche, das verlezte Recht schon eine obligatio gewesen, wo also eine obligatio der Verlezung schon vorausgehe; leztere die, wo eine obligatio erst durch die Verlezung entstehe. Nehmen wir aus diesen Definitionen das Positive weg, was wir oben bestreiten zu müssen glaubten, so bleibt: in personam ist die actio, wo das verlezte Recht eine obligatio ist, in rem diejenige, wo das nicht der Fall ist. Aber auch so können wir den Gegensaz nicht stehen lassen. Daß das

3) Daß in der Formel der iudicia diuisoria eine bedingte Condemnatio vorkam, werden wir unten sehn.

Recht, aus dessen Verlezung eine in personam actio entspringt, eine obligatio sey, ist für eine Classe von in personam actiones, die Nicht-Delictsactionen, allgemein wahr; fast eben so allgemein unwahr aber ist es für die Actionen aus Delicten. Wer meinen Sklaven verlezt, so daß ich die Legis Aquiliae actio gegen ihn gewinne; der Dieb, der meine Sache stiehlt, der Verlezer meiner Ehre, der gewaltthätige Räuber: welche Obligation ist es denn, die sie durch ihr Delict verlezen? und doch entspringt mir aus diesem Delict eine in personam actio gegen sie.

In den neueren Compendien des Römischen Rechts wird eine Eintheilung der actio als Klagerechts nicht unmittelbar gegeben. Dieser Begriff selbst pflegt in ihnen nicht vorzukommen. Wenn sie von in personam und in rem actio sprechen, so nehmen sie, ähnlich wie Gajus wo er am Anfang des vierten Buchs jene Eintheilung berührt, actio für die processualische Handlung, Klage müssen wir sagen, da wir kein andres Wort haben. Da nun aber actio in diesem Sinne nichts ist als die Ausübung des Klagerechts, so müßten die Definitionen, die dort gegeben werden, auch unsre Frage beantworten. Wir wollen drei der bekanntesten Handbücher der neueren Zeit herausheben. Thibaut in §. 60. seines Systems, wo er von unsrer Eintheilung spricht, gibt schon der Form nach keine wahre Definitionen; er sagte namentlich bei der in rem actio nur was sich regelmäßig bei ihr findet oder nicht findet. Mühlenbruch, doctrina pand. §. 152.: „Est autem haec potissimum inter utramque differentia, quod illis quidem proxime de eo disceptatur, quale sit ius, ad quemue pertineat id, de quo „quaeritur; contra uero in personam actionibus in eo „posita est quaestio: quid reus ei, cui obligatus esse „dicitur, dare facere praestare oporteat." Dieser Gegensaz ist auf jeden Fall unklar, denn es ist ja auch ein

ius actoris, daß ihm der andre geben, thun, leisten muß, d. h. daß er ihm obligirt ist. Mackeldey sagt in seinem Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts §. 195.: „Ihrem „Grund und Gegenstande nach sind die Klagen 1. entwe„der Klagen auf eine Sache (actiones in rem). Diese „beziehen sich a) entweder auf die Rechtsfähigkeit, „oder das Familienverhältniß eines Menschen, dann „heißen sie Präjudicialklagen b) oder sie sind nur „auf den Schuz oder die Erlangung des Be„sizes einer Sache gerichtet; dann nennt man sie posses„sorische Klagen c) oder sie gehen auf Geltendma„chung des Rechts an der Sache selbst, dann „werden sie petitorische Klagen, actiones in rem im en„geren Sinne, uindicationes, dingliche Klagen genannt;" dann ferner 2. „oder persönliche Klagen (actiones „personales, a. in personam, einige derselben auch con„dictiones), welche auf Erfüllung einer Forderung gerich„tet sind." Ich glaube, daß auch hiedurch die Sache besonders für die in rem actiones nicht abgemacht ist.

Cap. I. Von der actio.

Die erste Frage, welche wir nach unsrer Aufgabe zu beantworten haben, ist die: was für ein Recht ist die actio? Dabei sehen wir von dem Gegensaze der in personam und in rem actio noch ganz ab. Daß wir uns in den Compendien über unsre Frage nicht berathen können, geht aus dem Obigen hervor; es kann da von einer systematischen Stellung des Actionenrechts nicht die Rede sein, da actio als Recht in ihnen überhaupt nicht vorkommt. Aber auch wo das Recht der actio anerkannt ist, bleibt es dennoch vom System der Sache ausgeschlossen; es wird an einen Ort gestellt, der für das System ganz bedeutungslos ist, in den sogenannten allgemeinen

Theil. Wenn dann nachher im speciellen Theil die Rechte in Vermögensrechte, Familienrechte, Erbrechte geschieden werden, so ist von der actio gar nicht mehr die Rede; sie ist ein für allemal im allgemeinen Theil unter der Rubrik: „Verfolgung der Rechte" oder ähnlichem abgethan. In der neueren Zeit hat Puchta (Institutionen. München 1829.) ein Rechtssystem aufgestellt [4]). Es ist das einer der lezten Versuche, und doch ist es meiner Meinung nach der erste ins Publicum gekommene, in dem der wahre Sinn eines Rechts=Systems aufgefaßt ist. Ein großer Fortschritt, den auch diejenigen dankbar anerkennen sollten, die über manches in der Ausführung abweichende Ansichten haben. Aber auch hier bleibt unser Recht unstät. Puchta sondert die Rechte nach den Gegenständen, die unserm Willen unterworfen seyn können; er nennt da folgende: 1. Sachen (dingliche Rechte), 2. Handlungen andrer (Obligationen), 3. Personen außer uns (Sklavenrecht, Ehe ꝛc.), 4. Rechte an in uns übergegangenen Personen (Erbrecht), 5. Rechte an der eignen Person (Recht der Persönlichkeit und Besizrecht). Umfassen diese Classen alle Rechte, so ist damit die Existenz des hier in Frage stehenden Rechts verneint; denn die actio ist weder ein dingliches Recht, noch eine Obligatio, noch endlich ein Recht an Personen, weder an unsrer eignen, noch an fremden, lebenden oder todten.

Der einzige Trost des so überall verstoßenen Rechts muß es sein, daß es Schiksalsgenossen in der Verbannung hat, die im allgemeinen Theil, diesem gefälligen Hospiz der Heimatlosen aller Art, ganz friedlich neben ihm zu stehen pflegen; ich meine das Recht auf in integrum restitutio und das Recht auf das in possessionem

4) In den Grundzügen schon angedeutet im Rhein. Mus. Bd. III. H. 2. S. 289 ꝛc.

mitti. Mit dem ersteren verhält es sich so. Der Prätor hat im Edict gewisse Fälle aufgestellt, in denen er zum Vortheil gewisser Personen die bestehenden Rechtsverhältnisse abzuändern verspricht. Niemand wird bezweifeln, daß, wenn die Bedingungen eintreten, die Personen, für welche sie eintreten, auf jene Aenderung des Rechts durch den Prätor, wenn sie sich auf jenes Versprechen berufen wollen, ein Recht haben; daß ihr Recht verlezt werden würde, wenn der Prätor den Spruch, der die Rechtsänderung bewirkt, wenn er die in integrum restitutio verweigern wollte. Aehnlich mit dem Recht auf das in possessionem mitti und dessen wichtigsten Fall die bonorum possessio. Der Prätor hat im Edict gewissen Personen versprochen, ihnen, wenn die Umstände so sind, Erbschaftsrechte zu verleihen; es tritt nun ein solcher Fall ein; wird man leugnen, daß die berufnen Personen durch ihren Entschluß, von dem Versprechen Gebrauch zu machen, ein Recht auf das Wort erlangen, welches ihnen die Rechte geben soll, auf die missio in possessionem zum Behuf der bonorum possessio? Man darf das nicht mit dem Falle der angetragenen Civilerbschaft verwechseln, und mir die Behauptung unterlegen, daß der designirte Erbe, ehe er angetreten, schon ein Recht auf die Erbschaft, oder ein Recht überhaupt habe. Es ist dem Willen eines solchen noch gar nichts untergeordnet, er will noch gar nichts, nur die Möglichkeit ist ihm gegeben, seinen Willen in der Erbschaft zu verwirklichen; ähnlich einem, dem eine derelinquirte Sache zu Füßen liegt, so daß er sie aufheben kann, wenn er will, oder sie liegen lassen, wenn er will, mit dem Unterschiede nur, daß eine derelinquirte Sache dem Willen aller offen steht, wogegen das positive Recht die liegende Erbschaft für den Willen aller übrigen außer dem designirten Erben, auf eine Zeitlang wenigstens, verschließt. Diese ausschließliche Möglichkeit ist noch keine Wirklichkeit

und daher kein Recht [5]). Für die bonorum possessio dagegen liegt zwischen dem Willen des Berufenen und dem Gegenstande der Unterwerfung, der Erbschaft, etwas schon Unterworfenes in der Mitte; es wird zum Erwerb der bonorum possessio eine außer dem Berufenen liegende Handlung, die Handlung des Prätors, erfordert, und auf diese gewinnt er ein Recht, indem er durch Acceptation sich zum Creditor des im Allgemeinen, gleichsam an eine unbestimmte Person, gegebenen Versprechens macht.

Alle diese Rechte finden ihren Plaz in keiner der oben bezeichneten Classen. Am meisten Analogie haben sie indeß mit den Obligationen. Hier und dort sind es Handlungen, auf die mein Recht geht; als Gegenstand der Obligationen sind diese Handlungen Aeußerungen des Einzelwillens; als Gegenstand unsrer Rechte sind sie Aeußerungen des als Staatswille erscheinenden allgemeinen Willens, des Willens, welcher das positive Recht zum Inhalt hat. Dieser Wille ist es, durch den und in dem alle unsre Rechte wirklich sind, denn ein Recht des Einzelnen ist nichts, als das Gehören eines Gegenstandes unter den Willen des Einzelnen nach dem allgemeinen Willen. Der allgemeine Wille selbst nun als Staatswille hat sich für gewisse Thätigkeiten dem unsrigen untergeordnet, sich für unter den unsrigen gehörig erklärt: er hat uns Rechte an ihm gegeben. Das sind die Rechte, deren Plaz im System wir suchten. Wir nannten drei Fälle, und wollen auf die actio zulezt kommen. Zuerst von der bonorum possessio. Der Staatswille hat gewissen Personen versprochen, ihnen, wenn gewisse Bedingungen einträten, auf ihr Verlangen durch sein Organ, die Richtergewalt, Erbschafts-

---

5) Ich weiß wohl, daß man solche und ähnliche Verhältnisse der ausschließlichen Möglichkeit Rechte zu erwerben, unter dem eben deshalb ganz unsystematischen Begriffe der iura quaesita oft mitgefaßt hat.

rechte zu verleihen; für diese bestimmte That hat er sich ihnen verpflichtet, sie haben, sobald die Bedingungen eintreten, ein Recht, von ihm zu fordern, daß er durch den Richter auf die verheißene Weise handle. Das ist das Recht auf die bonorum possessio. Mit ihm hat das Recht auf die in integrum restitutio das gemein, daß für beide der Staatswille sich zur Hervorbringung und Tilgung, kurz zur Aenderung von Rechten anheischig gemacht hat. Diese beiden Rechte machen insofern die eine Unterabtheilung der Classe von Rechten aus, in der das dem Einzelwillen untergeordnete der allgemeine Wille ist. Die andre ihr entsprechende Abtheilung wird von dem Recht, auf welches es uns hier eigentlich ankommt, dem Recht der actio ausgefüllt. Es ist bei ihm nicht von Schaffung neuer Rechte die Rede, sondern von Ausspruch und Verwirklichung der bestehenden. Actio ist demnach das Recht, zu fordern, daß der Staatswille durch sein Organ, den Richter, ein uns zustehendes Recht ausspreche und verwirkliche. Da aber ein uns zustehendes Recht nichts anders ist, als das Gehören eines Gegenstandes unter unsern Willen nach dem allgemeinen (Staats-) Willen, so kann dasselbe mit dieser Beziehung so ausgedrückt werden: actio ist das Recht, zu fordern, daß der Staatswille sich selbst in Beziehung auf unsre Rechte durch sein Organ, das Richteramt, offenbare und verwirkliche.

Daß man den zu der aufgestellten Classe gehörigen Rechten neben den übrigen keinen Plaz im System eingeräumt hat, hat wohl in einem allerdings wesentlichen Unterschiede zwischen beiden seine Veranlassung. Die Rechte der übrigen Classen sind solche, die ganz unabhängig von dem Positivwerden der Rechtsidee gedacht werden können, weil ihre Substrate nicht erst aus dem Positivwerden des

Rechts hervorgehn. Anders mit unsern Rechten; sie sind rein positiver Art, erst entstanden mit dem Sezen des allgemeinen Willens. Ist doch dieser verkörperte Vernunftwille selbst ihr Gegenstand. Von unsrer actio namentlich gilt das Besondere, daß alle jene andern Rechte ihr Leben als positive Rechte hauptsächlich erst von ihr ableiten. Es ist nehmlich eine nothwendige aus dem Wesen des Staats hervorgehende Function der Staatsgewalt, das Recht allenthalben zu verwirklichen. Die Weise, wie diese Thätigkeit in Bewegung gesezt wird, ist zwiefach denkbar. Die eine Form ist im Strafrecht durchgeführt, es ist die, daß der Staatswille allenthalben durch seine Organe für seine Verwirklichung d. h. für Verwirklichung des Rechts selbst wache. Diese Weise ist mit dem Wesen des Privatrechts unvereinbar; deshalb erwählte der Rechtswille die andre: Er gibt dem Einzelnen, der bei seiner Offenbarung und Verwirklichung betheiligt ist, das Recht, diese Offenbarung und Verwirklichung seiner selbst, d. h. des Rechts in diesem Falle, von ihm zu fordern, und das ist unser Actionsrecht. Es ist dasselbe rein privatrechtlich, nicht publicistisch, denn sezt es auch seinem Wesen nach das Bestehen des Staats voraus, so hat es doch der Einzelne nicht als Staatsbürger, sondern als Einzelner; d. h. es bezieht sich nicht, wie das ius suffragii auf sein Verhältnis als Staatsglied zum Staatsorganismus, sondern sein Wille darin ist Einzelwille, dem der Staatswille sich für diesen Fall untergegeben hat. —

Aus dem aufgestellten Begriff der actio ergibt sich als nothwendige Bedingung für ihr Entstehen, daß das Recht in irgend einer Subsumtion nicht durchweg erkannt und anerkannt sei. Denn die Selbstoffenbarung des Rechtswillens kann keinen andern Zwek haben als den, ein solches Nichterkennen oder Nichtanerkennen aufzuheben. Welche Verdunkelung aber, und welche Bestreitung des Rechts

hinreichen soll, um vom Richteramt die Entscheidung fordern zu können: das ist natürlich eine Frage, die das einzelne positive Recht zu beantworten hat. Im Römischen Recht finden wir iudicia, die hauptsächlich auf die Aufhellung einer Verdunkelung des Rechts ohne eigentliche Streitigkeit berechnet sind; so die iudicia diuisoria, von denen unten näher die Rede sein soll. Wo eine Nichtanerkennung, eine Bestreitung von Rechten Grund der actio sein soll, da wird regelmäßig gefordert, daß diese Nichtanerkennung zu Thätlichkeiten geführt hat; nur ausnahmsweise wird in Fällen, die schon oben vorgekommen, eine bloß wörtliche Bestreitung ohne thätliche Verlezung für hinreichend erklärt.

Cap. II. Vom Gegensaz der in personam und in rem actio.

Ueber den Gegensaz von in personam und in rem actio gibt uns Gaius IV. 2. und in Uebereinstimmung damit die Justinianischen Institutionen de actionib. §. 1. folgendes an. Das Wesen der in personam actio wird in beiden Stellen darin gesezt, daß der actor eine obligatio behaupte, in der er creditor, der reus debitor sei. Von der in rem actio gibt G a j u s nur Beispiele. Die Institutionen begrenzen ihr Gebiet gegen die in personam actio auf negative Weise „wenn mir über irgend etwas Streit erhoben wird, aber nicht von meinem debitor über das Obligationsverhältniß.“ Wir müssen hier auch fürs erste bei der negativen Bestimmung der in rem actio stehen bleiben; der positive Gegensaz gegen die in personam actio kann erst angegeben werden, wenn von dieser selbst näher die Rede gewesen ist. Im Zusammenhange mit dem, was über actio überhaupt gesagt ist, wird demnach der Gegensaz so festzustellen sein: i n p e r s o n a m i s t d i e a c t i o, w o d e r a l l g e m e i n e W i l l e s i c h o f f e n b a r e n u n d v e r w i r k l i c h e n s o l l i n B e-

ziehung auf eine obligatio; in rem diejenige, wo die Offenbarung und Verwirklichung des Rechts sich auf Rechtsverhältnisse außer der obligatio beziehn soll.

Cap. III. Von der in personam actio.

Diese beiden Classen sind nun näher zu untersuchen; zuerst die in personam actio. Sie ist, sagten wir, das Recht, zu fordern, daß der Richter die Verpflichtung eines andern gegen mich, eine obligatio, deren Creditor ich bin, ausspreche und für ihre Verwirklichung sorge. Welche Obligationen können es denn sein, auf deren Anerkennung dieses Recht geht? Gajus nennt offenbar mit dem Bestreben, alle Obligationen zu umfassen, die zwei Hauptclassen, die aus Contract und die aus Delict entspringenden. Die Justinianischen Institutionen sind genauer, indem sie durch Hinzufügung der Worte: „et aliis quibusdam modis" die Ausschließung irgend einer Classe von Obligationen vom Gebiete der in personam actio verneinen. Richtig ist es, daß jede dieser Obligationsarten eine in personam actio hervorbringen kann; aber das kann auch jedes dingliche Recht, insofern aus seiner Verlezung eine Delictsklage entsteht, z. B. eine furti, Legis Aquiliae actio u. s. w. Unwahr ist es, daß jede Art von Obligationen Grund einer actio sein, d. h. daß die in personam actio sich auf Ausspruch und Verwirklichung jeder Obligation beziehn könne. In Wahrheit macht eine einzige Obligationsart ihren beständigen Gegenstand aus; es ist die Verpflichtung zu Ersaz wegen Rechtsverlezung. — Durch diesen Saz scheint auf den ersten Blik eine Lücke zu entstehn. Die in rem actiones gehen nach dem Gesagten gar nicht auf Verwirklichung von Obligationen; bezieht sich nur die in personam actio allein auf Obligationen aus Rechtsver=

lezung, so ist, scheint es, für die ganze Classe von Nicht-Delictsobligationen der richterliche Schuz aufgehoben. Kauf, Miethe und die übrigen Contracte müßten demnach klaglos sein; und doch gibt es eine actio emti, venditi, locati, conducti. So, sollte man meinen, wäre der aufgestellte Saz in seinen Folgerungen widerlegt. — Daß dem nicht so sei, inwiefern die genannten Actionen und ihnen ähnliche nichts gegen uns beweisen, auf welche Weise die angedeutete Lücke sich ausfüllt, das alles wird sich ergeben, wenn der Saz als ein aus der Natur der Sache nothwendiger nachgewiesen ist; es wird sich dann auch herausstellen, wie er in der Entwickelung des Römischen Formelrechts seinen Ausdruk gefunden hat.

Voran von den actiones ex delictis wird jeder leicht zugeben, daß das ihnen zu Grunde liegende Recht, das Recht, was der Richter aussprechen und verwirklichen soll, eine aus Rechtsverlezung entsprungene Verpflichtung zu Ersaz ist. Daß die Leistung, welche den Inhalt der Obligation ausmacht, in vielen Fällen zur Strafe über die wahren Grenzen des Ersazes hinaus positiv festgestellt sind, ändert im Wesen nichts. Die Zweifel heben erst an mit den actiones non ex delictis, den Contracts- und übrigen Klagen. Wir wollen einen einzelnen Fall herausheben, und an diesem das Eintreffen unsres Sazes nachzuweisen suchen; die Abstraction findet sich dann von selbst.

Nehmen wir ein Geldversprechen als Beispiel und gehen auf das Wesen eines solchen Versprechens, und noch einen Schritt weiter auf das Wesen der obligatio überhaupt zurück. Obligatio ist Unterordnung eines Willens unter den andern in Beziehung auf gewisse Willensbestimmungen, auf gewisse Handlungen, entweder positiv so daß das Thun, oder negativ so daß das Nichtthun vom Willen des creditor abhängig gemacht ist. Wir haben es hier mit einer positiven Verpflichtung zu thun. Ihr

Inhalt ist: das Geben einer bestimmten Summe von einem andern an mich soll von meinem Willen abhängen. Der Bestimmung meines Willens kann im Vertrage ein Termin gesezt sein, von dem an sie erst eine rechtlich gültige ist; sie kann auch im Vertrage der Zeit nach ganz freigelassen sein; da werden denn aber die aus der Natur der Sache folgenden Beschränkungen als stillschweigend ausgemacht angesehen, so daß, wenn z. B. der debitor in Corinth zu zahlen verspricht, während wir in Rom sind, ich ihm billige Zeit lassen muß, dahin zu kommen oder zu schicken. L. 41. §. 1. d. V. O. L. 73. pr. eod. Der Zielpunkt der aus dem Vertrage entspringenden Obligation ist der, wo mein, des Creditors, Wille sich rechtlich gültig bestimmt hat. Ist der Wille des Verpflichteten dann meinem Willen gefolgt, hat er gethan, was er sollte, so ist das eingetreten, worauf die ganze Obligatio hinausging, sie hat Zwek und Ziel erreicht und stirbt durch ihre Vollendung. Aber auch wenn der Wille des debitor der Bestimmung meines Willens nicht gefolgt ist, wenn er gegen den Vertrag nicht handelte, nicht zahlte, da ich wollte: auch in diesem Falle kann die Vertragsobligation den Punkt, auf den sie gerichtet war, den sie sich selbst als Ziel gesezt hatte, nicht überleben; deshalb nicht, weil ihr Inhalt von da an ein unmöglicher geworden. Ihr Inhalt war: der andre sollte geben, sobald ich wollte; ich habe gewollt und er hat nicht gegeben. So ist der Punkt, auf den als einen zukünftigen sie hinzielte, ein vergangener geworden; und damit ihr Inhalt ein Unding. Daß eine solche Aufhebung der Obligatio gegen ihren eignen Willen andre rechtliche Folgen haben muß, als die Aufhebung, welche sie eben selbst bezweckte, versteht sich, und es wird sich bald zeigen, worin diese bestehn.

Das Aufhören der ursprünglichen Verpflichtung dadurch, daß ihr nicht nachgekommen wird, ist am augenscheinlich-

sten, wenn im Vertrage bestimmt wurde, daß der Eintritt eines Zeitpunktes meine Entschließung vertreten soll; hat der Schuldner versprochen, am lezten Tage des Monats ungemahnt zurükzuzahlen, und dieser Tag ist ohne Zahlung verstrichen, so kann die bisherige Obligation ebensowenig fortbestehn, als ich mich heute anheischig machen kann, gestern zu zahlen.

Daß es mit allen übrigen Obligationen, die auf ein Thun gerichtet sind, nicht anders ist, als mit der zum Beispiel gewählten, ergibt sich leicht. Da nun aber in allen diesen Fällen die actio erst entsteht, wenn der Wille des creditor nicht befolgt worden, wenn die obligatio verlezt und damit zugleich als eine unmöglich gewordene aufgehoben ist, so kann die actio nicht auf Verwirklichung dieser ursprünglichen Obligation gehen; denn diese existirt nicht mehr, der Augenblik der actio nata fällt zusammen mit dem Moment, wo die obligatio, aus deren Verlezung jene entsprang, aufhörte zu sein. Angewandt auf einige der Actionen, die oben unsern Saz zu widerlegen schienen, heißt das: die actio emti, die actio uenditi kann nicht auf Verwirklichung der unmittelbar durch den Kaufvertrag begründeten Obligation gerichtet sein.

Zweifel könnten noch erregen die Contracte, welche fortlaufende Prästationen auf einer oder beiden Seiten bestimmen. Der ganze Miethnexus, wird man sagen, kann doch unmöglich dadurch aufgehoben werden, daß ein Miethstermin nicht zur rechten Zeit bezahlt wird, und daraus dem Vermiether eine actio auf Zahlung entsteht? Gewiß nicht, wohl aber hört die Obligation, welche jene einzelne Prästation zum Inhalte hat, ganz auf die obige Weise zu existiren auf. Es enthält ja der Miethnexus nicht eine, sondern eine unzählige Menge von Obligationen, die nur alle ihre gemeinsame Wurzel in dem Miethsvertrag haben; wird eine der Obligationen verlezt,

so hört sie auf, nicht aber zugleich die immer neue Obligationen hervorbringende causa.

So mit den Obligationen auf ein Handeln; nicht anders ist es mit denen, die ein Unterlassen zum Inhalt haben. Der Wille meines Schuldners ist an den meinigen hier negativ gebunden. Wie er sich in der vorigen Classe von Fällen auf meinen Willen zu etwas entschließen mußte, so darf er sich hier ohne meinen Willen zu etwas nicht entschließen. Hat er den Zwang abgeworfen, und doch gehandelt, so ist auch hier der Inhalt der negativen Verpflichtung ein unmöglicher geworden. Es entsteht auch hier eine actio, aber sie kann wieder nicht die Verwirklichung der negativen Obligation zum Gegenstande haben, da diese selbst ein Unding geworden ist. Am klarsten tritt auch hier die Sache ins Auge, wenn wir dem Nichtthun einen gewissen Termin sezen. Z. B. Du solltest am 1sten Nov. kein Feuer auf deinem Heerde anmachen; du hast es doch gethan und mir dadurch geschadet. Ohne Zweifel entsteht mir eine actio gegen dich; aber kann ich wohl mit ihr Verwirklichung der Verpflichtung, am 1sten November kein Feuer anzumachen, verlangen, jezt am 2ten November? — Es kann hier ein ähnlicher Zweifel entstehn wie oben bei Verträgen, die auf fortwährende positive Leistungen gehn. So müssen wir auch hier unterscheiden: der Contract kann gerichtet sein auf einmaliges, er kann auch gerichtet sein auf fortwährendes Nichtthun. Ich meine mit dem ersteren den Fall, da, wenn einmal geschehen ist, was nicht geschehen sollte, das fernere Thun nun ganz gleichgültig, vielleicht unmöglich ist; z. B. das Versprechen ging dahin, ein Geheimnis einem Bestimmten nicht zu verrathen. In diesen Fällen ist die Anwendung des Sazes klar; einmaliges Thun hebt die ganze Obligation, wie sie unmittelbar aus dem Vertrage hervorging, auf. Die Sache kann aber auch anders stehen,

so, daß einmalige Ueberschreitung der negativen Pflicht fernere Ueberschreitungen nicht ausschließt; z. B. ich habe mir von meinem Nachbar versprechen lassen, daß er in seinem Garten nie Feuer anmachen wolle, damit mich der Rauch in meinem Gehäge nicht belästige. Es ist hier im Grunde eine unendliche Reihe negativer Prästationen versprochen: in jedem Momente nicht zu thun. Hat der Verpflichtete einmal das Verbotene doch gethan, so hat er eine der unendlich vielen Obligationen verlezt und so aufgehoben. Es entsteht eine actio im Augenblik der Aufhebung, die also auch hier nicht die negative Obligation zum Inhalte haben kann. Die unzähligen andern negativen Obligationen aber bleiben stehen, denn gegen sie ist nicht gehandelt, sie sind nicht aufgehoben worden.

Wenn nun, wie gezeigt worden, aus Vertrag entstandene Obligationen nie den Grund einer in personam actio ausmachen können; wenn aber doch aus jeder Vertragsobligation eine actio entstehn kann, so fragen wir: welches Recht ist es denn, auf dessen Ausspruch und Verwirklichung die aus Verlezung einer Contractsobligation entsprungenen Actionen hinzielen? Der Verpflichtete, welcher sich gegen den Zwek und Willen der Obligation von dieser frei macht, indem er sie verlezt, und so ihren Inhalt in einen unmöglichen verwandelt, begeht ein Unrecht; er greift in den Wirkungskreis meines Willens ein, und beschränkt ihn durch seine Willkür, indem er einen Gegenstand, in dem sich mein Wille verwirklicht hatte, eben seinen Willen, herauszieht. Der aufgehobne Stand der Dinge kann nicht zurükgeführt werden; aber es muß einer hervorgebracht werden, der ihm so viel als möglich ähnlich ist. Das Recht nimmt allgemein an, daß der, welcher mich in meinen Rechten verlezt hat, verpflichtet ist, mich zu entschädigen, d. h. er muß anstatt dessen, was er meinem Willenskreise unrechtlich entzogen hat, ihm etwas

wiedergeben, was dem vorigen so nahe als möglich kommt. Diese Verpflichtung, diese Obligation ist es, die allein die Grundlage der in Frage stehenden Actionen ausmachen kann. Bei positiven Obligationen kann, und wird häufig die beste Entschädigung darin bestehen, daß das was früher geschehn sollte, nun noch geschieht; außerdem etwa Ersaz geleistet wird für den Nachtheil, der mir aus der Zögerung entstand; es kann aber auch sein, daß mir nun die Handlung ganz unnüz ist, und dann muß im Ganzen anderweitiger Ersaz geleistet werden. — Die Fälle der ersten Art sind am meisten geeignet, noch wieder einen Zweifel gegen den aufgestellten Saz, daß durch Verlezung einer Obligation ihr Inhalt unmöglich wird, zu erregen. Der Inhalt, wird man sagen, kann doch nicht unmöglich geworden sein, da dieselbe Handlung, die ihn ausmachte, nun ja doch noch, wenn auch etwas später, geschieht; — und der Sprachgebrauch, den wir selbst wählen mußten, scheint diesen Einwand zu begünstigen. Wir wollen uns nicht darauf berufen, daß ja doch zu dieser Handlung in den allermeisten Fällen Entschädigung hinzukommen muß, und insofern der Inhalt der Obligatio geändert ist; es muß direct gezeigt werden, daß die Handlung, die nun geschieht, doch im Grunde eine ganz andre ist, als die, welche dem Vertrage nach geschehen mußte. Um bei unserm Beispiele stehn zu bleiben: Die Zeit, wann gezahlt werden soll, ist eine Qualität, die der Handlung beigelegt wird, ebensogut wie der Ort, wo gezahlt werden soll, wenn er bestimmt worden ist, und die Menge und Art dessen, was gezahlt werden soll. Man kann nach jeder einzelnen dieser Qualitäten mit Indifferenzirung der übrigen beiden eine Gattung von Handlungen bestimmen. So kann man das Bezahlen von 100 Thalern mit Unbestimmtlassen von Zeit und Art als Gattung ansehen und sagen, jeder der 100 Thaler bezahlt,

thut dasselbe, d. h. er thut etwas, was zu dieser einigen Gattung gehört. Grade ebensogut aber kann man die Gattung nach der Zeitqualität bestimmen, so daß man z. B. das Bezahlen am ersten Mai als Gattungsbegrif annimmt; nicht anders mit dem Ort der Zählung. Ist nun aber die Handlung des Zahlens in allen drei Gattungen bestimmt, ist bestimmt, was, wo und wann gezahlt werden soll, so kann man der Handlung keine dieser Qualitäten nehmen, ohne sie selbst zu einer andern zu machen. Hat jemand versprochen, in Berlin im Mai hundert zu zahlen, so erfüllt er sein Versprechen ebensowenig, wenn er in Berlin im Mai nur funfzig, als wenn er im Mai hundert in Hamburg, als endlich wenn er in Berlin hundert, aber erst im Juni bezahlt. Jede der Qualitäten ist zur Individualität der Handlung, der in Zeit und Raum sich offenbarenden Willensbestimmung, gleich wesentlich, und glaubte man, um auf den eigentlichen Kern der Handlung zu kommen, eine oder die andre derselben abschneiden zu müssen, so würde man, wenn man consequent verfahren wollte, so lange schneiden müssen, bis nichts übrig bliebe [6]. Es ist nun aber, wie wir sehen, die Handlung, die den Inhalt eines Vertrags ausmacht, immer der Zeit nach bestimmt; ist kein Tag im Vertrage festgesezt, so ist es die Zeit, die auf des Creditors Willensbestimmung, daß nun das Vertragmäßige geschehn solle, unmittelbar folgt. Daß die Zeit, wo noch vertragmäßig geleistet werden soll, sich nicht in allen Fällen nach Stunden und Minuten ausmessen läßt, ist durchaus gleichgültig, es reicht hin, wenn wir wissen, daß die actio immer erst dann entsteht, wenn jene Zeit verflossen ist; im selben Moment, wo eine dem Vertrage

---

6) Ueber die Einheit der Handlung auch in Hinsicht auf die Zeit vergl. L. 23. pr. de receptis.

beigefügte Conventionalstrafe verfällt, und von wo an Pfand und Bürgen angegriffen werden können. So sagt Pomponius in L. 14. de V. O.

„Si ita stipulatus essem abs te, domum „aedificari? uel heredem meum damna-„uero insula inaedificare, Celso placet, non „ante agi posse ex ea causa, quam „tempus praeteriisset, quo insula aedificari „posset, nec fideiussores dati ante diem „tenebuntur."

Hat man sich eigens versprechen lassen: decem quum petiero dari, so ist das nicht als eine der Stipulatio hinzugefügte Bedingung anzusehen; es versteht sich das eigentlich immer von selbst, und es kann nur etwa die Meinung sein, durch Hinzufügung des quum petiero die Zeit einzuschränken, die dem Schuldner aus Billigkeitsgründen sonst noch nach der Mahnung zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu gestatten wäre. L. 48. de V. O.

So, glaube ich, ist erwiesen, daß auch in den Fällen, wo der beste Schadensersaz für die Verlezung der Obligation darin liegt, daß nun eine Handlung geschehe, die mehre Qualitäten mit der den Inhalt der ursprünglichen Verpflichtung ausmachenden gemein hat, doch dieser Inhalt durch die Verlezung unmöglich wird, weil die Handlung, die nun geschieht, nicht in allen Qualitäten mit jener übereinstimmen kann; daß also auch hier die ursprüngliche Obligation aufgehoben, und eine neue auf Ersaz an ihre Stelle getreten ist, die nun eben durch die actio verwirklicht werden soll. — Für die negativen Obligationen ergibt sich das Resultat aus dem Vorigen von selbst; bei ihnen ist es der Schaden aus dem vertragswidrigen Handeln, wie bei den positiven der aus dem vertragswidrigen Unterlassen, auf dessen Vergütung die aus Verlezung der alten entstandene neue Obligation geht.

Was für die Vertragsobligationen nachgewiesen ist, muß ebenso für die gelten, deren Entstehen das Recht an eine andre Thatsache als die Uebereinkunft der Parteien geknüpft hat, für die, welche wohl als obligationes ex uariis causarum figuris bezeichnet werden. So ist der Kreis der Obligationen abgeschlossen, und wir können nun mit Hineinziehen des Sazes, dessen Richtigkeit wir im Vorigen zu zeigen suchten; die in personam actio näher so bestimmen: sie ist das Recht, vom Richter zu fordern, daß er eine aus Verlezung meines Rechts für mich entstandene Obligation auf Ersaz ausspreche und verwirkliche.

Daß jede Obligation, wenn sie verlezt wird, sich wie durch Novation in eine neue zu Schadensersaz auflöse, hat, so viel ich weiß, keiner der Römischen Juristen so allgemein ausgesprochen. Indessen kommen doch einzelne Fälle vor, die aus diesem Princip heraus beurtheilt werden. So spricht Paulus in L. 44. §. 6. de O. et A. von quasi nouatio in einem Falle, der seinem Grunde nach hieher gehört:

> „Sed si nauem fieri stipulatus sim, et si „non feceris, centum, uidendum, utrum duae „stipulationes sint, pura et conditionalis, et „existens sequentis conditio non tollat prio- „rem, an uero transferat in se et quasi no- „uatio prioris fiat? Quod magis uerum est."

Das Individuelle dieses Falles, wodurch es vom Allgemeinen ausscheidet, ist blos, daß der Inhalt der neuen Obligation, in die sich die erste durch ihre Verlezung auflösen soll, nicht der Bestimmung der allgemeinen Rechtsregeln vom Schadensersaze überlassen, sondern sogleich im Vertrage durch die Willkür der Parteien besonders bestimmt ist [7]).

7) Daß eine dem Versprechen hinzugefügte Conventionalstrafe nichts Anderes ist, als eine durch den Willen der Parteien gesezte

Das Wort, womit wir allgemein den Inhalt dieser neuen Obligation bezeichnen können, ist Interesse. Es ist schon lange hergebracht, daß die Lehre vom Interesse im Obligationenrecht, und zwar im sogenannten allgemeinen Theil desselben, abgehandelt wird. Es fragt sich, mit welcher Befugnis, in welcher Beziehung das geschieht? Als Grund wird wohl folgende Definition des Interesse gegeben: es sei dasjenige, was dem Inhalte einer durch Schuld des Verpflichteten unmöglich gewordenen Obligation substituirt werde. Würde der Saz umgestellt, und gesagt: das, worin sich das Object einer durch culpa unmöglich gewordenen Obligation verwandle, sei Interesse, so wäre nichts dagegen einzuwenden. Als Definition des Interesse aber kann man jene nicht gelten lassen, da ja dieses keineswegs immer Substitut des Inhalts einer Obligation ist, sondern sich ebensogut auf die Verlezung eines Sachenrechts beziehen kann. Somit fiele die besondre Beziehung des Interesse auf die Obligationen weg, und fände sich keine andre Verknüpfung, so müßte diese Lehre, wenn man von äußern Bestimmungen absehn wollte, an einen dritten indifferenten Ort, d. h. in den allgemeinen Theil, gestellt werden. Es muß natürlich das Streben jedes Systematikers sein, diesen außerhalb der Grenzen des Rechtsorganismus liegenden Ort von den dort irrenden Schatten zu entvölkern; vielleicht kann auch die Lehre vom

---

Stellvertreterin der durch allgemeine Rechtsregel angeführten Verpflichtung zur Prästation des Interesse wegen Verlezung der Obligation, ist in L. 81. pr. d. V. O. anerkannt:

(Vlpianus) „Quotiens quis alium sisti promittit, nec adiicit „poenam, puta uel seruum suum uel hominem libe-„rum, quaeritur, an committatur stipulatio? Et „Celsus ait: et si non est huic stipulationi additum, „nisi steterit, poenam dari, id quanti interest sisti „contineri. Et uerum est, quod Celsus ait; nam „qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se actu-„rum ut stet."

Interesse für das Leben zurükgewonnen werden. Nicht weil es ausschließlich an die Stelle des Inhalts von Obligationen tritt, gehört, glaube ich, das Interesse der Obligationenlehre an, sondern weil es selbst Inhalt der wichtigsten und allgemeinsten Obligation ist, in die sich allerdings alle übrigen auflösen können, und durch deren Annahme alle übrigen erst wahrhaft positiv und wirksam sind, der Verpflichtung, welche die einige und beständige Grundlage der in personam actio ist. Eben ihres so allgemeinen Charakters wegen und weil sie allen übrigen erst wahre Wirksamkeit gibt, ist es natürlich, diese Obligation allen übrigen im Obligationenrecht voranzustellen. Und so sind wir, wenn auch auf andrem Wege, zu derselben Stellung dieser Materie im System gelangt. Es ist mit dieser Ansicht der Sache zugleich den Lehren vom dolus, der culpa, der mora, und der Negation aller dieser, dem casus, ihr Plaz im System gegeben; dolus und culpa kommen ebensogut in Verlezung dinglicher Rechte wie in Verlezung von Obligationen vor; dennoch gehören sie mit jener allgemeinen Verpflichtung zu Ersaz ins Obligationenrecht, denn sie sind die Factoren, denen diese Verpflichtung ihr Leben verdankt.

Das Prinzip der aus Rechtsverlezung entstehenden Obligation als Grundlage der in personam actio ist: es soll der Kläger durch die Prästationen des Verklagten soviel wie möglich in den Stand versezt werden, in dem er sein würde, wenn sein Recht gar nicht verlezt worden wäre. Das Eigne dieser Obligation ist, daß sie vom Augenblik ihres Entstehens, also von der Zeit der Rechtsverlezung an, beständig ihren Inhalt wechselt. Es bleibt immer Schadensersaz, worauf sie geht, aber dieser selbst wird ein andrer. Sollten mir am ersten Januar hundert bezahlt werden, und sie sind mir da nicht bezahlt worden, so kann der Ersaz als Inhalt der aus dieser Unrechtlichkeit

entstehenden Verpflichtung am zweiten Januar in den meisten Fällen noch nicht weit über den Inhaltsbetrag der ursprünglichen Obligation hinausgehn. Aber er muß im Verlaufe der Zeit steigen, und der Richter, der ihn nach Verlauf eines Jahres oder noch längerer Zeit zu bestimmen hat, wird in eine größere Summe condemniren müssen, ganz nach dem abgemessen, was der Kläger seinen Verhältnissen nach zur Zeit des Urtheils haben würde, wenn der Schuldner zu rechter Zeit bezahlt hätte. Dieses Princip in seiner freien Ausdehnung war im Römischen Rechte in den Nicht= stricti iuris Actionen durch den Saz anerkannt, daß die Bestimmung des Interesses im Urtheil sich ganz nach der Zeit des Urtheils richten solle. Anders war es in den stricti iuris Actionen, von denen unten die Rede sein soll.

In den Nicht= stricti iuris Actionen wird nach dem Gesagten die Hauptthätigkeit des Richters darauf gehen müssen, dem Beklagten solche Leistungen aufzulegen, durch welche der Schaden des Klägers soviel als möglich ersezt wird. In unserm heutigen Verfahren hat der Richter in diesen Leistungen eine größere Freiheit, als dem Römischen iudex gegeben war. Es beschränkte ihn die aus Gajus IV. 48. nun hinreichend bekannte Eigenheit, daß jede condemnatio nur auf Geld lauten konnte. In dieser Eigenheit selbst spiegelt sich sehr klar der Saz, daß jede in personam actio auf Anerkennung einer Verpflichtung zu Schadensersaz gehe, wenn gleich diese innere ratio wohl keinem der Römischen Juristen vollkommen deutlich geworden ist. Erscheinen diese ja gar oft als ein halb unbewußtes Werkzeug der in ihnen und durch sie sich offenbarenden Gewalt der Consequenz. Wie ungereimt und unerklärlich zugleich müßte nicht der Saz scheinen, daß alle Verpflichtungen sich für die condemnatio in Geldschulden verwandeln, müßten wir annehmen,

daß der Inhalt der sich verwandelnden Obligationen ganz verschiedenartige, durch Vertrag oder Rechtsregel fest bestimmte Handlungen oder Unterlassungen sein könnten! Alle Widersinnigkeit verschwindet, wenn wir einsehen, daß die zur Zeit der Litiscontestation vorhandene Obligatio Schadensersaz zum beständigen Inhalt hat, Schadensersaz wegen unrechtlicher Aufhebung jener früher bestandenen, auf verschiedenartiges bestimmtes Thun oder Lassen gerichteten Obligationen, oder wegen Verlezung andrer Rechte. Schadensersaz ist ja als Substitut ein Unbestimmtes, und das Besondre ist hier nur, daß der Richter bei der Bestimmung dieses Substituts auf einen allgemeinen Repräsentanten des Werths, das Geld, angewiesen und beschränkt ist.

Ganz gewiß ist es aber, daß eine solche Beschränkung oft etwas sehr Unbequemes und Unbilliges haben mußte. Schon oben bemerkten wir, daß in vielen Fällen die beste Entschädigung für Nichterfüllung einer Obligation darin liegen muß, daß eine Handlung geschehe, die der ursprünglich in obligatione befindlichen so ähnlich als möglich sei; das heißt, die so viele Qualitäten als möglich mit ihr theile. Ging z. B. die Obligation auf Herausgabe einer Sache an den Creditor, wann dieser sie fordern würde, und der Schuldner hat sie auf die Forderung verweigert, so kann dieser Verpflichtung nun zwar nicht mehr Genüge geschehn, aber der jezige Kläger will noch immer am liebsten die Sache selbst. Die konnte ihm der Römische Judex durch seine Condemnatio nicht verschaffen, sondern immer nur eine Geldsumme Statt ihrer.

Dieser Uebelstand war es wohl, der die formulas arbitrarias hervorrief. Es wurde dem Judex im Arbitrium die Befugnis ertheilt, den Inhalt der Obligation auf Entschädigung, deren Verwirklichung das ganze Judicium beabsichtigte, ganz frei, wie ein durch Compromiß bestellter

Arbiter zu bestimmen. Erst dann sollte er condemniren, wenn die Prästationen, die er hernach den Beklagten aufgelegt hatte, nicht erfolgt waren, vgl. §. 31. I. de actionib. L. 18. pr. §. 1. de dolo. Dadurch erhielt vorerst das iudicium den Charakter eines absolutorium (s. noch unten Cap. IV.). Damit war aber dem Actor noch wenig geholfen, wenn der der Condemnatio vorhergehende Befehl des Richters nicht erzwingbar war, eben wie ein Compromiß keine Bedeutung haben konnte, wenn nicht auf den Ungehorsam gegen die Befehle des arbiter eine Strafe gesezt war. So wurde den wichtigsten Fällen, dem arbitrium de restituendo und de exhibendo, Zwang beigelegt. Im Justinianischen Recht entscheidet ein doppelter:

1. directer Zwang: manus militaris,

2. indirecter Zwang: es wird der Kläger, wenn der Erfolg des directen Zwanges durch dolus des Beklagten vereitelt ist, zum in litem iuramentum zugelassen, und dann dieser condemnirt in id, quantum actor iurauerit.

Wir haben darüber eine ganz klare Stelle, L. 68. de R. V. Daß sie zunächst von einer in rem actio spricht, macht nichts aus, sie entscheidet darum eben so gut unsere Fälle, wie sich das erst unten klarer ergeben wird. Auch wird das über die rei uindicatio Gesagte am Schluß der Stelle ausdrüklich auf die in personam actiones ausgedehnt. Wir lassen sie, als eine Hauptstelle hier folgen:

(Vlpianus) „Qui restituere iussus iudici non paret, „contendens non posse se restituere, si- „quidem habeat rem, manu militari offi- „cio iudicis ab eo possessio transfertur, „et fructuum duntaxat omnisque causae „nomine condemnatio fit. Si uero non „potest restituere, si quidem dolo fecit, „quo minus possit, is quantum aduersa- „rius in litem sine ulla taxatione in infi-

„nitum iurauerit, damnandus est. Si uero
„nec potest restituere, nec dolo fecit,
„quo minus possit, non pluris quam
„quanti res est, id est, quanti aduersarii
„interfuit, condemnandus est. Haec sen-
„tentia generalis est, et ad omnia siue in-
„terdicta, siue actiones et siue in rem
„siue in personam sint, ex quibus ex
„arbitratu iudicis quid restituitur, locum
„habet."

Ob die Stelle von Ulpian wirklich so niedergeschrieben worden, wie wir sie in der Compilation haben, das ist eine Untersuchung, die sich kaum zu einem unangreifbaren Resultat würde führen lassen. Anstoß können die Worte „manu militari officio iudicis" erregen. Daß zu Gajus Zeit von einer manus militaris als im officium iudicis liegend nicht die Rede sein konnte, ist nicht zu bezweifeln. Ebenso sicher ist aber, daß zwischen Gajus und Ulpian sehr wichtige Rechts-Aenderungen liegen, namentlich auch für das Proceßverfahren; das zeigt sich an mehr als einer Stelle, und wir werden noch in dieser Abhandlung mehrerer solcher Aenderungen gedenken müssen. Wie weit sich schon zu Ulpians Zeit der ordo iudiciorum priuatorum den extraordinariis cognitionibus, in die er sich ein Jahrhundert später ganz auflösete, angenähert hatte, wie viel von den Rechten des magistratus schon damals in die Befugnisse des iudex übergegangen war, darüber ist zu wenig bekannt, als daß sich entscheiden ließe, ob Ulpian von einem dem Judex zustehenden directen Zwang sprechen konnte oder nicht. Wollen wir aber auch die Worte „officium iudicis" Ulpian abstreiten, und der Justinianischen Zeit angehören lassen: soviel scheint uns aus dem ganzen Bau der Stelle klar, daß in ihr von directem Zwange, auch in ihrer ursprünglichen Fassung die Rede sein mußte.

Wollen wir ihn herausnehmen, so bleibt an dem ganzen Fragment kein gesunder Flek; die Compilatoren hätten nicht die Stelle geändert, sondern ganz gegen ihre Art, eine durchaus neue Stelle geschaffen. — Daß zu Diocletians Zeit der Restitutionsbefehl des Richters, nicht bloß die Condemnatio, direct erzwungen ward, beweiset L. 7. C. de execut. rei iudic.:

„Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. „Theodoro. Si longis apertisque frustra-„tionibus partis aduersae restitutio remo-„rata est, etiam seruis rebus humanis „exemtis: a frustratore aestimatio eorum „restituenda est. Animalia quoque cum „foetibus tibi intercessu Praesidis reprae-„sentabuntur."

Das „intercessu Praesidis" beweiset nicht gegen unser „officio iudicis," denn Diocletian hatte ja in L. 2. C. de pedan. iud. das officium iudicis für die meisten Fälle in das officium Praesidis hineingezogen. Die Worte officio iudicis kommen für die Execution eines Urtheils überdem auch vor bei Paulus in L. 19. pr. d. noxalib. actt. Durch das officium iudicis soll nemlich nach dieser Stelle die aus einer condemnatio erfolgende noxae datio bewirkt werden.

Unzweifelhaft ist, daß das in litem iuramentum von jeher dazu diente, den Ungehorsam des dolo non restituens oder dolo non exhibens zu bestrafen. Es sollte dem Kläger den Nachtheil ersezen, der ihm dadurch ward, daß er nicht die Sache, auf die er klagte, sondern nur eine Geldsumme erhielt. L. 16. §. 3. de pignorib. Hiezu war es erfunden und dieses war seine einzige Function. Es versteht sich, daß hier nur von dem in litem iurare die Rede ist, welches als Begünstigung des actor zur Strafe des Verklagten zugelassen wird, nicht aber von den Fällen,

wo der Richter dem Kläger das in litem iuramentum auflegt, weil aus zufälligen Gründen eine litis aestimatio von Seiten des Richters auf anderm Wege nicht geschehen kann. Auf die leztere Weise kann es auch in stricti iuris iudiciis vorkommen, so bei der certi condictio ex testamento als ex stipulatu. L. 5. §. 4. de in lit. iur. Dieses Leztere ist es auch wohl, was die L. ult. Cod. mit dem ex necessitate iuris in litem iurare meint.

Daß in den iudiciis, wo das in litem iurare als Begünstigung des Klägers vorkam, in denen also, die auf Restitution oder Exhibition gingen, nicht jeder dolus des Beklagten hinreichte, um es zu begründen, daß es vielmehr grade ein gegen den Restitutionsbefehl des arbiter gerichteter dolus sein mußte, beweiset L. 18. (pr.) §. 1. de dolo, eine für die ganze Lehre vom arbitrium sehr wichtige Stelle des Paulus:

pr. „Arbitrio iudicis in hac quoque actione „restitutio comprehenditur, et nisi fiat „restitutio, sequitur condemnatio, quanti „ea res est. Ideo autem et hic et in „metus causa actione certa quantitas non „adiicitur, ut possit per contumaciam „suam tanti reus condemnari, quanti actor „in litem iurauerit; sed officio iudicis „debet in utraque actione taxatione ius- „iurandum refrenari.

§. 1. „Non tamen semper in hoc iudicio arbi- „trium iudicis dandum est. Quid enim, „si manifestum sit, rem restitui non „posse? uelut si seruus dolo malo tra- „ditus defunctus sit. Ideoque protinus „condemnari debet in id, quod interest „actoris.

Reichte jeder dolus hin, so müßte bei der actio de dolo, wenn es zur Condemnation kommt, immer das in litem iuramentum gegeben werden, da sie immer durch dolus begründet ist. Nach unserm §. 1. dagegen soll, wenn es schon durch die Verhandlungen in iure klar wird, daß der Beklagte ohne dolus restitutionsunfähig geworden ist, der Prätor dem Judex das Arbitrium nicht geben, damit er den Beklagten nicht über den Betrag des wahren Interesse hinaus condemniren könne. Man könnte durch L. 2. de in lit. iur. zweifelhaft werden, wo von „dolus aut contumacia" die Rede ist. Es ist indessen durchaus nicht nöthig, aut durch siue zu erklären, um die Stelle mit dem Gesagten in Uebereinstimmung zu bringen. Contumacia nemlich konnte ja immer nur der dolus genannt werden, der gegen einen schon erfolgten Restitutionsbefehl gerichtet war; es konnte und mußte denn also von dolus noch außer contumacia die Rede sein in Beziehung auf die Fälle, wo der Beklagte, schon ehe der Befehl erlassen war, um diesen zu vereiteln, die zu restituirende Sache abhanden gebracht hatte.

Gab es eine Zeit, wo der auf das Arbitrium sich gründende richterliche Befehl noch nicht direct erzwingbar war, so mußte das Juramentum hier eine andre Stellung einnehmen, als für die spätere Zeit. Es war da das einzige Mittel, um dem Befehle Kraft zu geben, und mußte demnach eben so gut eintreten, wenn der Beklagte wohl restituiren, exhibiren konnte, aber nicht wollte, als wenn er sich die Restitution durch dolus unmöglich gemacht hatte. Durch die Einführung des directen Zwanges trat das in litem iuramentum zurük und ward eine bloße Aushülfe für den Fall, da der Beklagte den Erfolg des directen Zwanges durch Abhandenbringen der Sache vereitelt hatte. Läßt sich demnach aus der frühern Zeit ein Document auffinden, wodurch die eine oder andre Stellung

des in litem iuramentum zu erweisen ist, so ist damit zugleich das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des directen Zwanges für das Arbitrium erwiesen. Ich möchte eine Stelle von Marcellus, also bedeutend vor Ulpian, für ein solches halten: die L. 48. §. 1. locati.

(Marcellus) „Qui seruum conductum uel etiam aliam „rem non immobilem non restituit, quan- „tum in litem iuratum fuerit, damnabitur."

Die Worte non immobilem machten schon den Glossatoren Schwierigkeit, sie lassen sie daher weg; in der Vulgata fehlen sie. Die Worte erklären sich nur dann, wenn wir annehmen, daß schon zu Marcellus Zeit das in litem iuramentum blos aushelfend für den Fall, da directer Zwang vereitelt war, eintrat. Bei unbeweglichen Sachen konnte es nemlich dann nicht zum in litem iuramentum kommen, directer Zwang mußte bei ihnen immer ausreichen, weil man einen fundus nicht wie eine bewegliche Sache beiseit schaffen, und sich so Restitution unmöglich machen kann. Versteht man die Stelle auf diese Weise, so dient ihr die citirte L. 68. de R. V. zum vollkommnen Commentar. Sie sezt für das Eintreten des Iuramentum zwei Bedingungen: 1. si is, qui restituere iussus est, iudici non paret, contendens, non posse se restituere; 2. si non potest restituere. Die leztere der beiden Bedingungen kann nun nemlich bei einer unbeweglichen Sache nicht eintreten, und darum fällt hier das in litem iurare weg. — Man darf nicht gegen die Anwendung directen Zwanges auf das Arbitrium zur Zeit der classischen Juristen die Stellen anführen, wo vom in litem iuramentum die Rede ist, und doch daneben die Möglichkeit der Restitution von Seiten des Beklagten erhellt; z. B. L. 47. de R. V., im Zusammenhange mit L. 46., (beide von Paulus). Denn es versteht sich von selbst, daß es dem Kläger in jedem Falle frei steht, auf

die Anwendung der Militairgewalt zu seinem Besten zu verzichten und sich mit den Vortheilen des in litem iurare zu begnügen.

Der Prätor gab das Arbitrium nach Ermessen der Umstände im einzelnen Falle, nur niemals in einem strictum iudicium. Daß nicht etwa in den iudiciis, wo das Arbitrium überhaupt zuläßig war, der Judex dieses immer hatte, darüber werden wir aufs entschiedenste durch den angeführten §. 1. der L. 18. d. dolo belehrt; vielmehr mußte das Arbitrium im einzelnen Falle eigens vom Magistratus in der Formel gegeben werden. Für das Justinianische Recht hat allerdings der §. 1. keine rechte Bedeutung mehr. Es kann da nichts Anderes mehr heißen, als daß der Richter das in litem iuramentum nur dann gestatten soll, wenn wirklich seinem Befehl dolus entgegengesezt worden. Arbitraria actio konnte einen doppelten Sinn haben; 1. den, daß alle iudicia darunter begriffen wurden, die ihrer Natur nach das arbitrium zulassen, also alle Nicht- stricti iuris Actionen. In dieser Weise gebraucht Cicero pro Roscio Comoedo c. 4. das Wort arbitrium im Gegensaz zu iudicium; 2. den, daß man die actio eine arbitraria nennt, die wirklich durch eine arbitraria formula instruirt ist. Von der lezteren Bedeutung ist §. 31. I. d. action. ein Ueberbleibsel. Für das Justinianische Recht mußten natürlich, da die Trennung zwischen Ius und Iudicium weggefallen war, beide Bedeutungen in eine zusammenschmelzen.

Das Arbitrium ward in der Formel angedeutet durch die der Condemnation vorgesezten Worte: nisi restituat, exhibeat, soluat, si res reddita non sit und ähnliche. Dieser Zusaz war jedoch mit der formula in ius concepta, namentlich der bonae fidei iudicia, nicht vereinbar. Ihre Intentio lautete so: quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide

bona eius; und an diese schloß sich dann die Condemnatio: id Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absoluito. So war der Inhalt der Intentio und der der Condemnatio gleichgestellt, die erstere war durch das verbindende: id in die leztere hineingezogen. Da nun aber die Condemnatio immer nur Geld zum Inhalte haben konnte, so konnte in dieser Formel auch die Intentio nur als auf Geld gerichtet angesehen werden. Behauptete der Kläger nichts als eine Geldschuld, so war es ungereimt, dem Richter die Befugnis zu ertheilen, dem Beklagten etwas Anderes als eine Geldzahlung, z. B. Exhibition oder Restitution einer Sache, aufzulegen. Sollte daher dem Juder ein solches Arbitrium gegeben werden, so mußte nothwendig dazu eine Formel gewählt werden, in welcher die Condemnatio ihrem Inhalte nach von dem Inhalte der Intentio losgerissen und differenzirt, die Intentio nicht mehr auf eine Geldschuld, sondern auf eine solche Verpflichtung gestellt wurde, die Gegenstand des durch das Arbitrium begründeten richterlichen Befehls sein sollte (vgl. IV., 311. dieser Zeitschrift).

Diese Beschaffenheit hatte die formula in factum concepta, von der uns Gajus IV. 47. ein Beispiel für die depositi actio erhalten hat. Die Condemnatio hat hier ihren eignen, nicht aus der Intentio entnommenen Inhalt: sie heißt: quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absoluito. Die Intentio lautet nicht auf eine Geldschuld, wie in der formula in ius concepta, und überhaupt nicht unmittelbar auf ein Recht; man nahm die Demonstratio der formula in ius concepta: „quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit" und wandelte sie in die Intentio der formula in factum concepta um; da hieß sie denn: si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium

mensam argenteam deposuisse. Gaius l. c. und IV. 60. Diese Intentio enthält allerdings die Behauptung des Rechts, der Obligatio, die den Inhalt der depositi actio ausmacht, aber nur mittelbar, indem das Factum behauptet wird, aus dem die Obligatio entsprungen: ich habe bei dir deponirt, d. h. du bist mir aus Depositum verpflichtet. Da auf diese Weise durchaus nichts Näheres über die Obligation behauptet, diese selbst nicht einmal genannt war, so hatte der Iuder vollkommne Freiheit, ihren Inhalt zu bestimmen und ehe es zur Condemnatio kam, dem Beklagten die Leistungen aufzulegen, die er zum Ersaz für den Kläger am geeignetsten hielt. Das Recht, einen solchen Befehl der Condemnatio vorausgehn zu lassen, wird in der Formel gegeben durch die die Condemnation bedingenden Worte: eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse. Daß unter den Bedingungen der Condemnation auch dolus malus vorkommt, liegt in der besondern Natur des Depositi, da aus diesem Contracte nur dolus prästirt wird. Für Commodatum, Pignus muß es allgemeiner heißen: nisi restituat als ähnlich.

Wahrscheinlich fand sich die formula in factum concepta schon in den prätorischen in factum actiones vor (s. unt. S. 45 ff.); der Prätor wandte sie für das arbitrium an, indem er sie durch einen der obigen Zusäze zur arbitraria machte; und so kam sie nun für Fälle vor, in denen es sonst nur eine formula in ius concepta gegeben hatte. Nicht jede formula in factum concepta ist hiernach eine arbitraria, wohl aber jede arbitraria eine in factum concepta.

So glaube ich müssen wir annehmen, daß formula arbitraria und formula in factum concepta in ihrem Ursprunge identisch sind. Es spricht dafür, daß auf der einen Seite die Bedeutung und das Bedürfnis der for-

mula in factum concepta neben der in ius concepta für die bonae fidei actiones nicht einzusehen ist, wenn es nicht in dem Arbitrium liegt; daß auf der andern Seite, wenn das Arbitrium gegeben werden sollte, die formula in ius concepta nicht passend war, und daher das Bedürfniß auf die formula in factum concepta führt. Wo uns eine formula arbitraria etwas näher bezeichnet wird, erkennen wir immer in ihr die formula in factum concepta an der dieser eigenthümlichen Condemnationsform: „quanti ea res erit. So in der arbitraria formula, durch welche die Actio aus den exhibitorischen und restitutorischen Interdicten verfolgt wurden. Gajus IV. 163.; für die actio de dolo und quod metus causa. L. 18. pr. §. 1. d. dolo; für die actio ad exhibendum Gai. IV. 51. u. s. w. Auf den Zusammenhang der beiden Formeln weist es auch schon genugsam hin, daß Gajus (47. cit.) als Beispiele der formula in factum concepta gerade solche Fälle wählt, wo das Arbitrium de restituendo besonders wichtig war, das Depositum und das Commodatum [8]). Ebensogut wie für sie, mußte es auch für die actio locati, die actio pigneratitia neben der formula in ius concepta eine formula in factum concepta geben, da auch bei ihnen das in litem iurare und folglich Arbitrium vorkommt.

Nach dem oben Vorgekommenen kann wohl die Frage keine Schwierigkeit mehr haben, warum der Prätor nach Einführung der formulae arbitrariae die in ius conceptas für dieselben Actionen daneben stehen ließ. Wir sehen

---

8) Von arbitratus iudicis im iudicium depositi ist die Rede L. 5. in f. depos.; von officium arbitri L. 24. ibid. So kommt arbitratus iudicis für das Commodatum vor L. 5. commod. Daß bei beiden das Arbitrium im technischen Sinne zu nehmen, beweist das Vorkommen des in litem iurare bei beiden. L. 1. §. 21. §. 26. L. 22. in f. depos. L. 3. §. 2. commod.

ja aus L. 18. §. 1. d. dolo, daß der Prätor auch in den iudiciis, wo das Arbitrium überhaupt zuläßig war, dasselbe und als seine Folge die Befugnis, den Kläger zum in litem iurare zu lassen, nicht immer geben wollte; damit nicht ein Beklagter, von dem schon zur Zeit der Litiscontestation klar war, daß er ohne bösen Willen restitutionsunfähig geworden, als ungehorsam durch Zulassung des Juramentum gestraft werden könne.

Aus der verschiedenen Natur und Fassung der beiden Formeln erklärt sich vollkommen das ausschließliche Gelten gewisser Säze für die eine oder die andre.

1. Nur wenn die Actio durch formula in ius concepta instruirt wird, soll die Litiscontestation eine nouatio necessaria enthalten. Es soll nur da die Obligatio: condemnari oportere ipso iure an Stelle der: dare facere oportere treten. Gaj. IV. 106 etc. Keller, Lit. Cont. §. 12. S. 117 ꝛc., sagt, die Novatio hätte bei einer formula in factum concepta deshalb nicht angenommen werden können, weil die Intentio in ihr auf ein Factum lautete, und ein Factum nicht novirt werden könne. Allerdings lauten die Worte der Intentio nur auf ein Factum; indessen ist doch die Intentio in Wahrheit nur eine solche, insofern durch das Factum mittelbar ein Recht, eine Obligatio behauptet wird; und diese, sollte man denken, müßte, wenn sie auch nicht direct ausgesprochen ist, Gegenstand der Novation sein können. Der Grund ist wohl ein mehr materieller, in dem arbiträren Charakter der formula in factum concepta liegender. Es enthält die Litiscontestation den Vertrag des actor und reus, sich ganz dem Ausspruche des vom Prätor gegebenen Judex zu fügen, auf seinen Ausspruch alles ankommen zu lassen; er soll nach den Umständen condemniren oder absolviren dürfen. Dieses Compromiß drücken die Parteien in der Formel aus, die insofern auch eine Instruction des Judex

enthält; er wird dadurch belehrt, in welchen Dingen die Parteien sich seinem Urtheile unterworfen haben. Durch jenes Compromiß wird nothwendig immer die Verpflichtung des reus hervorgebracht, welche durch das condemnari oportere ausgedrükt wird, die Verpflichtung, sich ganz dem Judex zu überlassen, sich von ihm condemniren zu lassen. In gewissen Fällen nun sollte diese Verpflichtung nicht neben der ursprünglichen Obligation entstehen, sondern sie sollte diese in sich aufnehmen, noviren. Es sollte vor dem Ausspruch des Richters von der in der Intentio enthaltenen Obligation gar nicht mehr die Rede sein, sondern nur von der Pflicht alles auf die Condemnatio oder Absolutio des Judex ankommen zu lassen. Bei formulis arbitrariis war diese Behandlungsart nicht möglich, die Condemnatio war hier durch das Arbitrium zurükgeschoben und bedingt, und das Arbitrium beruht ganz und gar auf dem Fortbestehen der Hauptobligatio; den Inhalt dieser soll ja der Arbiter bestimmen, und durch die Leistung dieses soll sich der Beklagte von der Condemnatio befreien können. Das steht hier immer in seiner Gewalt, er braucht nur dem Befehl des Arbiter nachzukommen, und so kann man nicht mehr von ihm sagen, er ist rein verpflichtet sich condemniren zu lassen.

So schließen die Worte nisi restituat und ähnliche die nouatio aus. Man könnte einwerfen, daß ja doch die formula in factum concepta auch als nicht arbitraria vorkomme, namentlich wenn eine prätorische in factum actio dadurch instruirt werde. Aber es versteht sich, daß die civile Wirkung der nouatio nur in einer civilen, nicht in einer rein prätorischen actio eintreten konnte, und jede formula in factum concepta, wodurch eine civile actio eingeleitet wird, ist zugleich eine arbitraria.

2. In einer formula incerta soll nur dann Plus petitio möglich sein, wenn sie in factum, nicht wenn sie

in ius concepta ist. Gaj. IV. §. 60. (vergl. Keller l. c. §. 33. not. 14.). Die Stelle ist lückenhaft, aber die Argumentation des Juristen am Ende ergänzt sich leicht. Bei formula in factum concepta ist ein Zuviel in der Intentio denkbar, und da allein schadet es ja. Intendirt man nemlich: si paret me apud illum mensam argenteam deposuisse, behauptet also damit, daß der Beklagte schuldig sei, eine silberne Tafel zurükzugeben, so ist das, im Fall man nur eine versilberte deponirt hat, offenbar eine Pluspetitio. Dagegen die Intentio: quidquid etc. kann ihrer Fassung nach keine Pluspetitio enthalten. Hier kann das Zuviel nur etwa in der Demonstratio liegen, und da schadet es nicht. Gaj. IV. 58.

3. Nicht geradezu wird ausgesprochen, daß ein filiusfamilias (zur Zeit des alten Peculienrechts) in eignem Namen nur die Actionen anstellen konnte, welche durch formula in factum concepta eingeleitet wurden. Doch scheint mir dies die einzige ratio zu sein, durch welche L. 9. und L. 13. de obligatt. et actt. einiges Licht erhalten. Die erstere sagt folgendes:

(Paulus). „Filiusfamilius suo nomine nullam actio„nem habet, nisi iniuriarum et quod ui „aut clam, et depositi et commodati ut „Iulianus putat (cf. L. 17. §. 20-22. „de iniur.).

Es sind dieses lauter Actionen, die eine formula in factum concepta entweder allein oder doch neben der in ius concepta haben. Die iniuriarum actio des Edicts, in der dem Kläger die Schäzung zusteht, ist rein prätorisch. Es wird ihr in L. 37. §. 1. de iniur. die iniuriarum actio ex Lege Cornelia als ciuilis actio entgegengesezt; sie kann daher nur eine formula in factum concepta haben (§. 6.). Aus dem interdictum quod ui aut clam, als einem restitutorischen (L. 1. qu. u. a. cl.), konnte zu Gajus Zeit auf

doppelte Art geklagt werden, entweder mit Sponsion oder mit einer formula in factum concepta (Gaj. IV. 162.). Zu Paulus Zeit war wohl sicher nur die leztere Form übrig (s. unt. Cap. VII.). Die depositi und commodati actio sind gerade die, von denen uns Gajus ausdrüklich sagt, daß sie neben der in ius concepta eine formula in factum concepta gehabt haben. Das Befremdende in der Stelle ist, daß bei weitem nicht alle Actionen, die durch formula in factum concepta eingeleitet werden konnten, genannt werden. Möglich wäre es, daß es zu Julians Zeit außer den in der Stelle genannten noch keine civile Actionen der Art gab. Aus Interdicten wurde vielleicht noch allgemein mit Sponsion verfahren, und erst für das interdictum quod ui aut clam hatte sich eine formula arbitraria gebildet, die denn zu Gajus Zeit, wie wir sahen, schon auf alle interdicta restitutoria und exhibitoria angewandt wurde. Ebenso war vielleicht das arbitrium damals noch in keiner bonae fidei actio außer depositum und commodatum eingeführt. Ja es ist nicht unmöglich, daß diese leztere Beschränkung noch zu Gajus Zeit bestand, denn das uelut in §. 47. kann auf beide Weisen verstanden werden. Anders freilich mußte es zur Zeit des Paulus sein; aber dieser referirt in dem erhaltenen Bruchstük blos eine Meinung des Julianus; vielleicht folgte seine eigne seiner Zeit angemessen, aber das ließ man weg, eben so gedankenlos als wohl dies ganze Fragment aufgenommen ward. Daß in dem auf uns gekommenen Stük aus Paulus nicht alle Actionen aufgezählt werden, die man zu seiner Zeit dem filiusfamilias in eignem Namen einräumte, folgt aus der andern Stelle, L. 13. eod., die zur Bestätigung der angegebnen ratio nicht wenig beiträgt: (Vlpianus) „In factum actiones etiam filii familiarum „possunt exercere."

Unter den in factum actiones sind nemlich wohl nur die prätorischen, nicht die civile actio praescriptis uerbis zu verstehn, und jene hatten alle formula in factum concepta (§. 6.). — Der Grund, warum dem filiusfamilias, so lange der Saz bestand, daß er alles dem Vater erwerbe, nicht mit einer formula in ius concepta agiren könne, ist wohl ein ähnlicher, aus dem der filius in potestate nicht zum Erwerb durch in iure cessio gelassen ward. Er konnte in der Formel, welche er edirte, nicht intendiren: res mea est oder mihi dare te oportet, da er ja Eigenthum und Forderung gar nicht haben konnte. Nichts stand dagegen im Wege, wenn seine intentio auf ein factum lautete. — Im Justinianischen Recht war die Regel, daß der filiusfamilias alles dem Vater erwerbe, verschwunden, und so hat da auch eine Unterscheidung keinen Grund mehr, wenn auch im Justinianischen Recht überhaupt noch von Formelunterschieden die Rede hätte sein können. Ist daher das, was wir den beiden Stellen des Titels de obl. et actt. untergelegt haben, richtig, so sind diese Stellen in der Compilation bedeutungslos.

Ein Grund, der wohl dazu beigetragen hat, daß die Natur der formula in factum concepta nicht deutlich erkannt worden, ist, daß man sie mit der actio in factum für ein und dasselbe hielt. Die actiones in factum nehmen im Gebiete der in personam actio einen sehr verbreiteten Raum ein; wir wollen sie daher hier im Allgemeinen betrachten. Ihre Grenzen werden bezeichnet in L. 1. pr. de praescr. uerbis

(Papinianus) „Nonnunquam euenit, ut cessantibus iu-
„diciis propriis et uulgaribus actionibus,
„cum proprium nomen inuenire non
„possumus, facile descendamus ad eas,
quae in factum appellantur."

In factum actio heißt hiernach diejenige in personam actio, welche eintritt, wenn an ein Factum eine vom Recht anerkannte Obligation geknüpft, aber für diese keine benannte civile Klage eingeführt ist. Geht die Anerkennung der Verpflichtung vom Civilrechte aus, ist also die Obligatio eine civilrechtliche („quae aut legibus constituta aut iure ciuili comprobata est" §. 1. I. de oblig.), der nur keine besondre actio beigelegt ist, so ist die für sie entstehende actio in factum eine ciuilis; sie wird dann auch mit dem Namen actio praescriptis uerbis bezeichnet. Schafft der Prätor unter gewissen falschen Voraussezungen eine klagbare Verpflichtung („quam praetor ex sua iurisdictione constituit" ibid.), so ist die Klage, welche er gibt, eine prätorische actio in factum. Dies ist die Haupteintheilung der in factum actiones. Vtilis actio (im technischen Sinne einer directa actio entgegengesezt) wird die actio in factum nur dann genannt, wenn sie sich an eine schon bestehende civile Actio als das Gebiet dieser erweiternd anschließt. So ist der Kreis der actiones in factum weiter, da die meisten von ihnen nicht auf die bezeichnete Weise einer benannten Klage angebildet sind; auf der andern Seite aber gibt es utiles actiones, die nicht zugleich in factum actiones sind; denn diese lezteren sind immer in personam, dagegen kommen eben so gut utiles uindicationes als utiles in personam actiones vor. Die Hauptfunction der actio praescriptis uerbis war es, die Lücken auszufüllen, welche die benannten Contractsactionen gelassen hatten. L. 3. 4. de praescr. uerbis.

L. 3. (Celsus) „Nam cum deficiunt uulgaria atque „usitata actionum nomina, praescrip- „tis uerbis agendum est.

L. 4. (Iulianus) „ad quam necesse est confugere, quo- „ties contractus existunt, quorum

„nomina nulla iure ciuili prodita sunt.

Sie soll nach diesen Stellen eintreten, wenn ein vom Civilrecht anerkannter Contract vorhanden ist, der aber keinen eignen technischen Namen und keine speciell benannte Contractsactio erhalten hat. Als Contract aber behandelt das Civilrecht jeden Vertrag, in welchem von beiden Seiten Leistungen versprochen sind, sobald von der einen Seite wirklich geleistet ist. Von den benannten Consensualcontracten unterscheiden sich also diese ungenannten dadurch, daß nicht aus der bloßen Uebereinkunft, sondern erst mit der Erfüllung von einer Seite Klagbarkeit entsteht. L. 1. §. 2. de rer. permut. beweist das klar genug; es ist auch die hergebrachte Ansicht. Die actio praescriptis uerbis ist hiernach in allen diesen Fällen eine Contractsklage, d. h. eine Klage, der eine aus Verlezung eines Contracts entstandene Obligatio zu Grunde liegt. Sie ist wie alle Contractsklagen auf Interesse gerichtet. Von den benannten Contractsklagen scheidet sie sich nur äußerlich dadurch, daß der Vertrag, aus dessen Verlezung sie entsprungen, nicht in die Reihe der benannten Contracte aufgenommen worden ist und daher in der Formel nicht durch ein Wort, durch einen technischen Namen bezeichnet, sondern beschrieben werden muß („actio „quae praescriptis uerbis rem gestam demonstrat" L. 6. C. de transact. von Severus Alexander). Es ist nun aber durchaus nicht einzusehen, wie dieser Unterschied zur Folge haben sollte, daß die actio praescriptis uerbis gegen die Natur aller übrigen Contractsklagen nur durch formula in factum concepta, nicht durch die allen übrigen Contractsklagen gemeinsame incerta formula in ius concepta instruirt werden konnte. Paßte denn etwa die weitläuftigere Beschreibung dessen, was vorgefallen, weniger in die Demonstratio, wo sie in der formula in ius

concepta ihren Plaz finden mußte, als in die Intentio der formula in factum concepta? Wird doch von Gajus IV. 48. gerade als Zwek der Demonstratio angegeben: „ut demonstretur res de qua agitur." Die angeführte Coder-stelle umschreibt unsre actio in factum als eine „quae praescriptis uerbis rem gestam demonstrat." Wäre die Angabe des Geschehenen immer in der Intentio vorgekommen, wie sie das in der formula in factum concepta mußte, so hätte schwerlich von praescribere die Rede sein können, da ja die Intentio der Kern der ganzen Formel war. So scheint schon der Name der actio praescriptis uerbis anzudeuten, daß ihr die formula in ius concepta nicht fehlte. — Auf sie deutet ferner mit großer Bestimmtheit hin L. 6. de praescr. uerb. von Neratius; es wird da nemlich das Anstellen der actio praescriptis uerbis so umschrieben: ciuili intentione incerti agere, und mit dieser ciuilis intenctio incerti kann wohl kaum etwas Anderes gemeint sein, als die Intentio der formula in ius concepta: quidquid — dare facere oportet. — Dazu kommt, daß die actio praescriptis uerbis in §. 28. I. de actt. zu den bonae fidei actiones gezählt wird. Im Justinianischen Recht hatte dies eine materielle Bedeutung, von Formelunterschieden konnte natürlich nicht mehr die Rede sein, und der in derselben Stelle berührte Streit, ob die hereditatis petitio bonae fidei sei oder nicht, betraf blos die Wirkungen; aber die actio praescriptis uerbis wurde gewiß, wie die übrigen mit ihr in dem Paragraphen genannten Actionen außer der hereditatis petitio, auch schon in der Zeit des Formelprozesses zu den bonae fidei actiones gezählt. Dazu konnte aber damals keine actio gehören, die nur eine formula in factum concepta hatte; denn der Zusaz ex fide bona eius und ähnliche, durch welche der Charakter der bonae fidei actio bestimmt ward, konnte in der for-

mula in factum concepta der Fassung ihrer Intentio nach, nicht vorkommen, vergl. die Formeln Gaj. IV. 47. — Endlich wissen wir ja aus eben diesem §. 47. daß die formula in factum concepta wenigstens auch für benannte Contractsklagen vorkam, da werden sogar allein solche Beispiele gegeben. So würden wir denn in der Verlegenheit sein, da wieder einen andern Grund für sie aufsuchen zu müssen.

Nach allem diesem ist es wohl mehr als wahrscheinlich, daß die formula in factum concepta mit der actio in factum in durchaus keinem nothwendigen Zusammenhange steht. Leztere konnte vielmehr so gut wie jede benannte Contractsklage durch formula in ius concepta instruirt werden. Es konnte z. B. die Formel für einen Tauschcontract so lauten: Iudex Esto. Quod inter Aulum Agerium et Numerium Negidium conuenit, ut Aulus Agerius Stichum hominem, Numerius Negidius Pamphilum hominem daret, et Stichus homo ab Aulo Agerio datus est, qua de re agitur; quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona eius, id iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absoluito. Nur da also ward nach den gewöhnlichen Regeln die civile actio in factum mit der formula in factum concepta instruirt, wo der Prätor das arbitrium geben wollte. Auf einen solchen Fall scheint z. B. L. 9. de praescr. uerb. hinzudeuten.

Mit den prätorischen actiones in factum war es wahrscheinlich anders. Die Intentio: quidquid — dare facere oportet war eine ciuilis (vgl. Gaj. IV. 107.), sie litt gewiß nur auf civilrechtlich anerkannte Verpflichtungen Anwendung. Daher war die civile formula in ius concepta für die prätorischen Klagen wohl nicht zu gebrauchen. Man bediente sich daher hier immer der formula in fac-

tum concepta mit der Condemnatio: quanti ea res erit. Hier ist sie denn allerdings in allen den Fällen, wo nicht mit ihr zugleich das arbitrium gegeben wurde, z. B. im Fall der öfter citirten L. 18. §. 1. de dolo mit formula arbitraria nicht gleichbedeutend, und es fehlen dann natürlich in der Formel die die Condemnatio bedingenden Worte: nisi restituat und dgl.

Aus der irrigen Gleichstellung der actio in factum und formula in factum concepta ist die actio in factum concepta der Neueren erwachsen. Die Römischen Juristen kennen eine solche nicht, wie sie von actio concepta überhaupt wohl nicht leicht sprachen; denn wo es vielleicht einmal, ich weiß nicht, ob es solche Stellen gibt, in den Digesten vorkommt, da wird man immer nicht ganz sicher sein, ob nicht ursprünglich von formula die Rede war, was denn die Compilatoren aus sehr natürlichen Gründen in actio umschufen.

Die Theorie der Innominat-Contracte, wie sie gewöhnlich aufgefaßt wird und auch oben mit ein paar Worten vorgetragen worden ist, macht für die Contractsklage, die actio praescriptis uerbis, keine Schwierigkeit. Wohl aber entstehen solche für das Recht der Reue, wie es von den Neueren angenommen wird, und Gans, in seinen Abhl. über Röm. Obligat. R., Abh. 3., hat sich hauptsächlich durch diese zur Verwerfung jener ganzen Theorie veranlaßt gefunden. Der gewöhnlichen Ansicht nach waren, wie vorgekommen, die Innominatcontracte zweiseitige Verträge, die erst dadurch civilrechtliche Gültigkeit und folglich eine actio bekommen, daß von der einen Seite das Versprechen geleistet ist; und zwar stellt man sie dieser lezteren Eigenschaft wegen zu den Realcontracten. Der wichtige Unterschied der benannten und unbenannten Realcontracte soll dann aber der sein, daß bei den ungenannten der Vorleistende, wenn ihn die ganze Sache ge-

reut, das von ihm Geleistete wieder zurükfordern kann. Als Klage für diese Rükforderung wird die condictio sine causa genannt [9]). Diese Eigenheit der Innominatcontracte ist mit dem Ausdruk: ius merae poenitentiae bezeichnet worden. — Leugnen läßt es sich nicht, daß dieses Recht auf die beschriebene Weise angesehen nicht zu beseitigende Schwierigkeiten hat. Wie kann nemlich das als ohne Grund bei dem andern sich befindend zurükgefordert werden, was gegeben ist, um einen Vertrag zu erfüllen, wenn dieser Vertrag wirklich vorhanden war, man also das, was man wollte, die Solutio, vollkommen erreichte? Gans, a. a. O., sucht diese Schwierigkeit zu lösen, indem er das Recht der Reue auf einen ganz einzelnen Fall beschränkt, den er historisch erklärt. Da nun aber, wie mir scheint, durch L. 5. pr. de cond. caus. dat. die Ausdehnung eines Rechts der Art über jenen Fall hinaus bewiesen ist, so muß wohl ein andrer Ausweg gesucht werden.

Betrachten wir die vier benannten Realcontracte, so finden wir, daß einer von ihnen, das Depositum, einen von dem der übrigen drei ganz abweichendenden Charakter hat. Der dem Mutuum, dem Commodatum, dem Pignus zu Grunde liegende Vertrag ist ein zweiseitiger. Der eine verpflichtet sich, zu leihen, zu Pfand zu stellen, der andere das Geliehene, das zu Pfand Gestellte zur Zeit zurükzugeben. So lange die Sache noch nicht hingegeben ist, entsteht von keiner Seite eine Actio, ein Leihversprechen ist ein nudum pactum; ist dieses aber erfüllt, so wird dadurch der Empfänger zur Rükgabe nach Civilrecht verpflichtet. So entsteht, wenn wir von der zufälligen

9) Von dem Wesen dieser actio kann erst unten bei den Condictionen näher die Rede sein. Wir werden uns bei dieser Untersuchung mit dem über sie allgemein Angenommenen begnügen können.

actio contraria bei Commodatum und Pignus absehen, nur auf einer Seite eine Klage, obgleich der ursprüngliche Vertrag zweiseitig war. Die Causa, um derentwillen von dem Pfandbesteller, dem Leiher hingegeben wird, ist die Erfüllung der aus dem Versprechen zu leihen, zu Pfand zu stellen, hervorgegangenen Verpflichtung, nicht eigentlich die Absicht, das Gegebne künftig einmal wieder zu erhalten. Wenigstens ist es hier sicher nicht die natürlichere Ansicht, zu sagen, daß jemand Geld ausborgt u. s. w., damit er es einmal wieder bekomme, obgleich doch auch diese eine mögliche ist. Der Empfänger ist es, um dessentwillen das ganze Geschäft eingegangen wird, nicht der Geber. Ob das Versprechen, welches durch die Hingabe solvirt wird, sich wirklich der Zeit nach von dieser unterscheiden läßt oder nicht, ist natürlich ganz gleichgültig. Beim Depositum stellt sich das Verhältniß anders. Die Causa des Hingebens bezieht sich hier durchaus auf Zukünftiges. Es liegt hier gar kein zweiseitiger Vertrag zu Grunde. Der Deponent will durch den Contract erreichen, daß ihm die Sache aufbewahrt und wohlbehalten zurükgegeben werde. Dazu verpflichtet sich der Depositar, und das ist der Grund und die Absicht, um derentwillen jener die Sache hingibt. Von seiner Seite dagegen ist an eine Verpflichtung zum Deponiren wie in den andern Fällen zum Commodiren, zu Pfand stellen, Borgen nicht zu denken. Der Depositar hat ja durchaus keinen irgend mit dem Wesen des Depositum im Zusammenhange stehenden Vortheil aus der Sache, und so müßten wir schon einen Vertrag ohne Interesse des Creditors annehmen. Nicht um des Depositars, wie dort um des Commodators, des Pfandgläubigers willen, sondern allein um des Deponenten willen wird der Vertrag eingegangen. Es ist demnach ein einseitiger. Das Hingeben der Sache ist nicht Erfüllung einer Pflicht des Deponenten, sondern allein

Erfüllung der dem einseitigen Versprechen des Depositars hinzugefügten Bedingung „ich verspreche Dir Deine Sache, im Fall Du mir sie anvertraust, wohlbehalten zurükzugeben.“ So ist hier von der Hingabe auch noch nicht einmal eine aus nudum pactum hervorgehende naturale Pflicht vorhanden, denn der Deponent verspricht gar nichts, und das Versprechen des Depositars ist an die Uebergabe als Bedingung geknüpft.

Die Fälle der unbenannten Contracte kommen alle darin überein, daß die Handlung, durch welche die Contractsklage, die praescriptis uerbis actio möglich wird, auf beide Weisen betrachtet werden kann, entweder als eine Handlung, die die Erfüllung einer Bedingung, oder als eine Handlung, die die Erfüllung einer Verpflichtung bezwekt. Schließe ich einen Tausch ab, und gebe das Bedungene, so läßt sich immer sagen, ich habe gegeben, damit der Andre auch gebe, also um etwas Zukünftigen willen. Auf diese Weise enthielte denn der Tausch nichts als das einseitige Versprechen des Andern, zu geben, wenn ich werde gegeben haben; eben um diese Bedingung zu erfüllen und so die Verpflichtung des Andern herbeizuführen, gäbe ich dann. — Eben so gut aber kann man den Tauschvertrag auch als einen zweiseitigen ansehn: jeder verspricht zu geben. Aus einem nudum pactum in einen Contract verwandelt sich denn aber diese Uebereinkunft erst, wenn von einer Seite geleistet ist.

Keine dieser beiden Betrachtungsweisen ist den Römern fremd. Für die leztere bedarf das keines Beleges; sie wird wohl der actio praescriptis uerbis meistens zu Grunde gelegt. Daß auch die andre bei ihnen heimisch war, zeigt L. 15. de praescr. uerb., wo der Fall, da ein Herr für die Anzeige, wo sein entflohener Sklave sich aufhalte, Geld verspricht, so ausgedrükt wird:

(Vlpianus) „pactio intercessit ob indicium, hoc est,
„ut si **indicasset** apprehensusque esset
„fugitiuus, certum aliquod daretur."

Für die Contractsklage ist es gleichgültig, welche der beiden Ansichten man gelten läßt; dagegen geben sie für die condictio sine causa ganz verschiedene Resultate. Sieht man die Vorleistung als Erfüllung einer Vertragspflicht an, so kann diese condictio nie entstehen; auch dann nicht, wenn der Andre das dagegen Versprochene nicht leistet; denn den Zwek der Vorleistung, die Auflösung seiner Verpflichtung hat er vollkommen erreicht. Es könnte nach dieser Ansicht also immer nur die Contractsklage, die praescriptis uerbis actio, auf Interesse wegen Nichterfüllung entstehen, und wurde die Gegenleistung durch Zufall unmöglich, so mußten nach dem Römischen Principe alle Klagen wegfallen. — Nahm man dagegen das andre Princip auf, und behandelte das Gegebene als blos um der Gegenleistung des Andern willen gegeben, so konnte man, so lange diese noch nicht erfolgt wär, wenn der Geber seine Absicht änderte und die Gegenleistung nun gar nicht mehr mochte, immer die condictio sine causa auf Rükgabe zulassen. Es stand nemlich dieser Fall dann ganz dem der L. 1. §. 1. de cond. c. d. c. n. s. gleich:

(Vlpianus) „Si parendi conditioni causa tibi dedero
„decem, mox repudiauero hereditatem
„uel legatum, possum condicere."

Ich bin zum Erben eingesezt, oder mir ist ein Legat vermacht unter der Bedingung, daß ich einem Dritten 10 gebe; ich bezahle sie, bedenke mich dann aber, daß ich die Erbschaft, das Legat gar nicht will. Da soll ich die 10 rükfordern können, weil er sie nun ganz ohne Grund hat; ich war sie ihm ja nicht schuldig, und der Zwek, den ich erreichen wollte, fällt nun durch Aenderung meiner

Absicht weg. Unsere Fälle unterscheiden sich von diesem nur dadurch, daß das, was ich durch mein Geben erreichen will, dort eine Prästation des Empfängers, hier ein ganz außer demselben liegendes Factum ist, und das muß ja für die condictio sine causa gleichgültig sein. Da das Depositum nur auf diese Weise betrachtet werden konnte, nicht als zweiseitiger Vertrag, so gilt bei ihm, was man da nur nicht so genannt hat, das Recht der reinen Reue in vollem Umfange. Habe ich eine Sache deponirt, damit der Andre sie ein Jahr lang verwahre und mir dann wohlbehalten zurükgebe, dazu verpflichtet er sich; nun gereut mich die Sache, ich will das Anvertraute sogleich wieder haben, so steht mir, wenn er nicht gutwillig herausgeben will, sogleich die condictio zu.

Für die Innominatcontracte waren, wie gesagt, beide Ansichten möglich. Es ist auch keine von beiden in dieser Lehre absolut durchgeführt worden, sondern nach Aequitätsgründen ward hier die eine, da die andre angewandt. Als Erfüllung einer Bedingung nemlich, und demnach als widerrufbar, wurde das voraus Gegebene immer behandelt, wenn die Gegenleistung ausblieb; und zwar

1. dann, wenn der Verpflichtete Schuld an diesem Ausbleiben war. Hier hatte man also die Wahl, ob man sich auf den Contract berufen und mit der praescriptis uerbis actio das Interesse einfordern, oder ob man das Gegebene zurüknehmen wollte. In diesem Falle ist die condictio nichts den Innominatcontracten Eigenthümliches, oder ihnen nur mit dem Depositum Gemeinsames. Auch das geliehene Geld, die commodirte oder zu Pfand gestellte Sache kann mit der condictio zurükgefordert werden; die beiden lezteren indessen mit einer Beschränkung, die unten vorkommen wird.

2. auch dann, wenn die Gegenleistung durch Zu-

fall unmöglich geworden, wo also die Contractsklage nicht helfen konnte. Dieses ist, wenn ich nicht irre, das den Innominatcontracten eigenthümliche Pönitenzrecht, wovon L. 5. pr. de cond. caus. dat. spricht:

(Vlpianus) „Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam „eas, deinde parato tibi ad proficiscendum „conditio temporis uel ualetudinis impe„dimento fuerit, quo minus proficiscereris, „an condici possit? uidendum. Et quum „per te non steterit, potest dici repeti„tionem cessare; sed quum liceat „poenitere ei, qui dedit, procul „dubio repetetur id, quod datum est."

Eine weitere Ausdehnung dieses Rechts läßt sich wohl nicht behaupten. Hatte z. B. Gajus mit Sejus einen Tauschvertrag abgeschlossen, und Gajus demgemäß gegeben, so konnte er gewiß, ehe es entschieden war, daß Sejus das Bedungene nicht liefern könne oder wolle, nicht seine Sache, weil sie ihm nun wieder besser gefiel als die andre, wiederfordern. Eine ganz einzeln stehende Ausnahme und Ausdehnung des Reuerechts aber war der Fall, da die Freilassung eines Sklaven als Gegenleistung bedungen war; und diese Ausnahme ist, wie ich glaube, von Gans richtig erklärt worden.

So möchten sich vielleicht die Schwierigkeiten dieser Lehre heben lassen.

Bis jezt ist von den Actionen, die nicht stricti iuris waren, die Rede gewesen. Nur beiläufig mußte eines Falles der Condictio gedacht werden; diese ist nun etwas näher zu betrachten.

Das Gebiet der certi condictio ist zur Zeit der Classiker ein sehr weites. L. 9. pr. de reb. cred.

(Vlpianus) „Certi condictio competit ex omni causa,

„ex omni obligatione, ex qua certum
„petitur."

Gajus IV. 19. berichtet uns, daß durch zwei Leges eine Legis Actio Namens condictio eingeführt worden sei, durch die Lex Silia für den Fall, da eine bestimmte Geldsumme; durch die Lex Calpuria für den Fall, da eine andere bestimmte Sache eingefordert ward. In der lezteren Anwendung wird sie condictio triticiaria genannt. L. 1. pr. de cond. tritic. Der Uebergang von dieser Legis Actio zur Condictio im Formelproceß kann kein andrer sein, als der, daß der Prätor zur Zeit, da die Legis Actionen außer Gebrauch kamen, für alle Fälle, die bis dahin mit der Condictio als Legis Actio verfolgt worden waren, durch das Edict die Actio mit certa formula, d. h. mit einer auf das Geben einer bestimmten Sache gerichteten Formel, einführte. Diese Actio führte denn, da sie ganz und gar an Stelle jener Legis Actio getreten war, den Namen derselben fort. Diese, sich unmittelbar an die Legis Actio anschließende certi condictio ist es, von der Gajus IV. 18. sagt, ihre Intentio sei auf dari oportere gerichtet. Von diesem Ursprung aus einer Legis Actio, wie er sich bei keiner Actio des Formelprocesses außer ihr findet, rührt die stricte Natur der Condictio, die sie vor allen andern Actionen voraus hat. Für welche Fälle die Legis Actio durch die Lex Silia und Calpurnia eingeführt ward, erfahren wir nicht näher aus Gajus; nur der Gegenstand der Intentio, die certa pecunia und certa res wird uns angegeben. Sicher hatte sie indeß nicht den weiten Umfang, der ihr in L. 9. cit. beigelegt wird. Es leitet uns hier der Ort, an dem in den Digesten die Condictio abgehandelt wird. Das prätorische Edict in der Form, wie die classischen Juristen es commentirten, war in seinem Haupttheil nach den Legis Actionen geordnet und dem folgten die Justinianischen Digesten. Die Be-

weise dafür sind von Heffter weiter ausgeführt worden [10]). Dieser Ordnung gemäß beginnt die Condictio mit dem 12ten Buche. Den Reihen führt der Titel de rebus creditis und schon in seiner Ueberschrift „De rebus creditis, si certum petatur et de condictione" zeigt er sich als den Hauptsiz der Lehre von der certi condictio an; in diesem Titel allein finden sich allgemeine Aussprüche über die Condictio.

Die certa pecunia der Lex Silia ist hiernach unzweifelhaft eine certa credita pecunia, und darunter war vielleicht im Sinne der Lex blos eine mutua zu verstehen, denn für diese ist der Ausdruk certa credita pecunia ein fast technischer. Auch die Lex Calpurnia „de omni certa re" dehnte wohl die Condictio nur über mehr Gegenstände aus, ohne andere Fälle hinzuzufügen, betraf also wohl nur die res mutuae außer Geld. Aber der Begriff der res creditae ward erweitert und somit das Gebiet der Condictio. Man nahm neben dem re credere ein uerbis credere an und gab die condictio aus dem Verbalcontract. So sagt Quinctil. instit. orat. IV. 2. „Certam creditam pecuniam peto ex stipulatione" vgl. L. 9. §. 3. de reb. cred. Daß auch ein uerbis credere möglich sei, wird eigens gesagt in L. 2. §. 5. eod.

(Paulus) „Verbis quoque credimus, quodam actu „ad obligationem comparandam interpo- „sito, ueluti stipulatione",

und das scheint, wenn auch nur sehr entfernt, darauf hinzudeuten, daß dies nicht im ursprünglichen Begrif von Creditum lag. Dem Verbalcontract stand der Literalcontract hierin ganz gleich, auch aus ihm ward mit der Condictio verfahren. Tit. Instt. de lit. obl. Auch die constituta

10) Rhein. Museum für Jurisprud. Bd. 1. S. 51 rc. Obseruatt. in Gaii comment. IV. cap. X. vgl. Hugo Gesch. des R. R. S. 310 der elften Ausgabe.

pecunia, die nur den Zwek hatte, die Stipulatio in gewissen Fällen überflüssig zu machen, mußte sich, seitdem sie eingeführt war, hier anschließen. Ferner ward ein Creditum und die certi condictio angenommen in folgenden Fällen: bei Depositum L. 13. §. 1. depos., Commodatum L. 1. de reb. cred., Pignus L. 4. §. 1. eod., Mandatum, Negotiorum Gestio und Societas L. 28. §. 4. de iureiur. Als Creditum ließ sich auch wohl noch das per damnationem Vermachte ansehen, als ein dem Erben Anvertrautes, um es dem Legatar herauszugeben; dieser konnte jenem condiciren. Aber nun finden wir die condictio außerdem an einigen Stellen, wo dies schwerer herauszubringen sein möchte. Es ist nemlich das, was wir iudicati actio zu nennen pflegen, wie sie noch in den Digesten erscheint, nichts als eine certi condictio, gerichtet auf die certa pecunia, in die der Richter condemnirt hatte; und wurde die Condemnatio durch eine Confessio oder ein Jusjurandum vertreten, so konnte auch aus ihnen nur eine certi condictio folgen: auch sie mußten ursprünglich, da sie nur die Condemnatio ersezten, auf ein certum dari oportere gerichtet sein. Wir finden ferner: L. 9. §. 1. d. reb. cred. einer certi condictio ex Lege Aquilia erwähnt, und doch kann bei damnum iniuria datum von einem Creditum kaum in irgend einer Beziehung die Rede sein. Es muß für diesen lezten Fall sogleich einfallen, die Lex Aquilia habe, wie das zur Zeit der Legis Actionen wohl fast immer geschah, ausdrüklich in einem eignen Capitel bestimmt, daß in den von ihr festgesezten Fällen des damnum iniuria datum mit der schon früher durch die Lex Silia und Calpurnia angeführten Condictio verfahren werden solle. Daß die Lex Aquilia außer den drei uns näher bekannten Capiteln noch andre gehabt habe, dafür ist schon lange Cic. in Brut. c. 34. angeführt worden. Heffter bemerkt dies

in seiner Abhandlung über die manus iniectio (obseruatt. in Gaii comm. IV. cap. 6.) um die Lex Aquilia der Handschrift des Gai. IV. 21. zu vertheidigen, welche Göschen in eine Lex aliqua verwandelt hat. Auch für unsre Condictio ist diese Stelle nicht gleichgültig. Heffter erklärt sie so: die manus iniectio, welche die XII Tafeln für das iudicatum eingeführt haben (Gell. n. att. XX. 1.), sei zur Bedrückung des Plebejer auf viele Fälle ausgedehnt worden; die Lex Aquilia habe dann diese Fälle beschränkt und nur einige, darunter auch den ursprünglichen des Judicatum stehen lassen. Daß Heffter die Lex Aquilia in der Stelle nicht gern fahren läßt, scheint mir sehr natürlich, und ich meine, es müßte jedem so gehen. An eine Beschränkung der manus iniectio durch sie kann ich nicht recht glauben, denn es sind nirgends klare Spuren, daß diese vor ihr jemals als Legis Actio über das Judicatum ausgedehnt worden. Wahrscheinlicher ist es wohl, daß erst unsre Lex eine solche Ausdehnung vornahm. So ging nach den XII Tafeln die iudicati manus iniectio nur auf den Fall einer certa credita pecunia, seit der Lex Aquilia wohl auf jedes Judicat. Einen solchen Hergang deutet die Lex de Gallia cisalpina an, indem da voran in cap. 21 die domum ductio eigens für den Fall festgesezt wird, da der Schuldner aus certa credita pecunia verurtheilt ist, oder confitirt hat, dann erst in cap. 22. für jedes Judicat und jede Confessio. — Uns geht zunächst das Wort: aeque in der Stelle bei Gajus an. Der manus iniectio nemlich geht unmittelbar vorher die condictio, und wollen wir die Lex Aquilia in §. 21. vertheidigen, so müssen wir wohl nach dem aeque annehmen, daß diese auch für die Condictio von Wichtigkeit war, etwa auch das Gebiet dieser ausdehnte. Am Anfang der Lehre von der Condictio fehlt ein ganzes Blatt und einige Zeilen sind unle-

leserlich, so daß hier für Conjecturen der freiste Spielraum ist. Wir wollen uns diesen einmal zu Gute kommen lassen, und zu einiger Entschuldigung nur noch anführen, daß auch die dem §. 18. unmittelbar vorhergehenden Zeichen (lii. quaiia) nicht undeutlich auf die Lex Aquilia hinweisen. — In der westgothischen Interpretation zu Paulus I. 19. 1. wird uns gesagt, die Regel infitiando lis crescit in duplum, sei für alle Fälle, für welche sie gegolten, durch die Lex Aquilia eingeführt worden („quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur"). Man hat diese Notiz mit Schulting bei Seit geschoben, der dem Interpreten Schuld gibt, er habe geträumt, als er das schrieb. Etwas unwahrscheinlich bleibt es indessen doch, daß die Angabe so rein aus der Luft gegriffen sein soll. Man beruft sich gewöhnlich auf Cicero de offic. III. 16., um zu beweisen, daß jener Saz schon aus den XII Tafeln abstamme. Es wird da gesagt: der Verkäufer, der bei der Mancipatio der Sache Eigenschaften andichtet, soll den doppelten Ersaz leisten. Das scheint mir mit der Litiscrescenz gar nichts zu thun zu haben, wenn es auch schon im westgothischen Paulus l. cit. mit dieser in Verbindung gebracht wird. Gajus IV. 9 und 171., wo er die Fälle des lis crescit angibt, erwähnt jener Vorschrift nicht. Es finden sich an beiden Stellen und übereinstimmend damit bei Paulus l. c. folgende Fälle der Litiscrescenz: iudicatum, depensum, damnum iniuria datum, legatum per damnationem certum relictum. Die Institutionen in §. 26. d. actt. nennen hier auch die depositi actio „at illae damni iniuriae ex Lege Aquilia „et interdum depositi infitiatione duplicantur." Es ist aus der Collatio LL. R. et M. X. 7. in fin. (von Paulus) bekannt, daß die depositi actio nach den XII Tafeln immer auf das Doppelte ging, der Prätor sie auf

das Einfache beschränkte. Nur wo eine besondre Gefahr (tumultus, naufragium, ruina, incendium) das Depositum veranlaßt hatte, sollte auch fernerhin auf das Doppelte geklagt werden, L. 1. §. 1. depos. §. 17. §. 23. I. de actionib. Die de dolo actio steht wegen dolus zu; besteht dieser hier nun auch gewöhnlich in Ableugnen des Depositum, so kann er doch ebensogut z. B. in absichtlicher Vernichtung der niedergelegten Sache bestehen; und auch hier ging ohne Zweifel, nach altem Recht bei jedem Depositum, nach Edictsrecht in einigen Fällen, die depositi actio auf das Doppelte. So ist nicht einzusehen, wie die Institutionen das Depositum unter den Fällen der Litiscrescenz aufrechnen können. Eine erklärende Parallelstelle ist mir nicht bekannt. Nehmen wir nun zusammen, daß uns 1) gesagt wird, die Lex Aquilia habe den Saz der Litiscrescenz eingeführt und zwar für Fälle, die uns einzeln genannt werden; daß 2) dieselbe Lex wahrscheinlich der manus iniectio und endlich 3) auch der Condictio gewisse Fälle unterwarf: so kommt man wohl leicht auf den Gedanken, daß dieses immer dieselben Fälle gewesen seien. Darnach konnten die hierher gehörigen Bestimmungen der Lex folgende sein. Es sollte 1) für die Fälle, in denen die Lex selbst in ihren ersten drei Capiteln zuerst eine Actio bestimmt hatte, 2) für alle Fälle der Condemnatio durch den Richter, endlich 3) für die Fälle, da ein Erbe zu geben verurtheilt war (damnas esto), das Verfahren eintreten, welches die XII Tafeln für einen eigenen Fall des Judicatum eingeführt hatten, die manus iniectio. Gestand der, welchem die Hand aufgelegt war, ein, daß er den Sklaven des Actor getödtet, u. s. w., und er zahlte nicht, so ward er nach Hause geführt und gebunden. Leugnete er dagegen, so ward ein förmlicher Prozeß durch eine neue Legis actio eingeleitet, den aber der Beklagte nicht selber, sondern durch einen Vinder führen mußte

(Gai. l. c. „nec licebat iudicato manum sibi depellere, et pro se lege agere; set uindicem dabat, qui pro se causam agere solebat: qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uinciebatur). Diese neue Legis Actio war, denke ich, nach der Lex Aquilia die Condictio: der Actor sagte dem Beklagten oder seinem Stellvertreter an, am 39sten Tage sich einzufinden, um einen Judex zu nehmen (Gai. §. 18.). Auf diese Weise ward der Beklagte für den Augenblik von der manus iniectio frei; aber dies Leugnen hatte eine andere Gefahr für ihn; nemlich die Condictio ging nun auf das Doppelte. Das Depensum kam zu den drei angegebnen Fällen hinzu, indem sich die Lex Publilia genau an das Verfahren anschloß, welches für das Judicat festgesezt war (Gai. §. 22.). Daß die westgothische Interpretation auch in diesem Falle die Litiscrescenz aus der Lex Aquilia ableitet, ist natürlich ein Irthum, der uns aber nicht hindern kann, anzunehmen, daß sie das Herstammen jener Eigenschaft im Allgemeinen aus der Lex Aquilia aus einer guten Quelle entnahm. So wäre denn zugleich die certi condictio aus Legat und Judicat erklärt.

Wir fanden bis jezt die Condictio als diejenige Actio, womit ein Creditum verfolgt ward; die gar einzelen nicht dahin gehörigen Anwendungen der Condictio sahen wir als speciell durch die Lex Aquilia eingeführt an. Man kann dies als die eigentliche Sphäre der Condictio betrachten. Aber in späterer Zeit tritt diese Function ganz zurük, und die Condictio hat fast nur noch in einem ihr später beigelegten Charakter, als ergänzende Hülfsklage, Wichtigkeit.

Es entstand nemlich das Bedürfnis einer Klage für eine Classe von Fällen, die sich alle aus dem Gesichtspunkte ansehen ließen, daß sich etwas bei Negidius befindet, was rechtlicherweise bei Agerius sein sollte; indem es ohne Grund aus dessen Händen gekommen, oder der

Grund des Ueberganges an Negidius später weggefallen ist. Auf dieselbe Weise ließ sich nun aber in den meisten Fällen das Princip des Einforderns der res creditae construiren. Habe ich 100 auf ein Jahr verliehen, so ist nach Ablauf des Jahres kein Grund mehr vorhanden, warum die aus meinem Vermögen gekommenen 100 das meines Debitors vergrößern sollen, und darum fordre ich sie zurük. Nicht anders, wenn ich eine Species auf eine Zeitlang aus den Händen gegeben habe, und die Zeit ist um. Auf der einen Seite also bedurfte ein Genus von Fällen einer Klage, auf der andern Seite fanden sich Fälle vor, die sich mit jenen auf dasselbe Princip zurükführen ließen, und denen eine gemeinsame Klage gegeben war. Da war es wohl nicht unnatürlich, daß diese Klage, die schon an sich einen allgemeineren Charakter hatte, indem sie für alle Fälle des Creditum dient, nun auch auf die andern einer Klage bedürftigen ausgedehnt ward. Durch die Ausdehnung der Condictio war für die zu der oben bezeichneten Classe gehörigen Fälle eine Verpflichtung, zurükzugeben, civilrechtlich anerkannt; die Condictio nahm nach Beschaffenheit des einzelnen Falles bald den Namen einer condictio indebiti, bald einer condictio sine causa, causa data causa non secuta, ob turpem causam an. Hatte einmal die Condictio die Eigenschaft einer Ergänzungsklage angenommen, so bediente man sich ihrer nun auch in Fällen, die weder den Charakter eines Creditum, noch den eben näher bezeichneten eines Habens ohne Grund an sich trugen. Sie ward in späterer Zeit allenthalben gegeben, wo eine Lex oder Constitution eine Obligation schuf, ohne dafür eine speciell normirte Actio einzuführen; L. un. de cond. ex Lege. vgl. §. 24. I. de action.

Dies ist der Umfang des Gebietes der certi condictio zur Zeit der Classiker. Man darf sich nicht durch L. 9. pr. cit. verleiten lassen zu glauben, es gäbe allenthalben da eine certi

condictio, wo eine civile Obligation auf ein certum vorhanden ist; so hat zu keiner Zeit der Käufer die gekaufte Sache, oder der Verkäufer den Kaufpreis condiciren können. Wo die Condictio ihr eigenthümliches Gebiet, die Rükforderung des Anvertrauten, überschreitet, ist sie bloße Ergänzungsklage, tritt also nur ein, wo eine Lücke ist, nicht aber kann sie hier neben specielleren Actionen stehen. In ihrer eigenthümlichen Sphäre dagegen concurrirt die Condictio fast in allen Fällen mit specielleren Actionen, der depositi, commodati, pigneratitia actio u. s. w.

Uebersehen wir das Gebiet der Condictio noch einmal, so wird daraus wohl unzweifelhaft, daß ihr in den Digesten die Bücher 12 — 17. incl. zufallen. Den Titel de negotiis gestis, der auch der Condictio angehört, führte der Zusammenhang mit dem Titel de procurator. et defensor. in das 3te Buch; an seiner Stelle im 14ten Buch blieben die mit ihm verwandten Titel de exercitoria actione, de institoria actione, de tributoria actione, de peculio stehen, und an sie schloß sich manches mit ihnen genau zusammenhängende an. Von diesen eingeschobnen Titeln, dem Titel de in litem iurando, der als zum Titel de iureiur. gehörig diesem angehängt ward, und dem Titel: de eo quod certo loco, der hierher gestellt ward, weil grade die stricte Natur der Condictionen ihn nöthig machte, abgesehen, folgen die, alle der Condictio zugehörigen Titel vom 12ten bis zum 17ten Buch so: de rebus creditis, de iureiurando, de condictione causa data, de cond. ob turpem c., de cond. indeb., de cond. sine causa, de cond. furtiua, de cond. ex lege, de cond. tritic., de pecunia constit., commodati, de pigner. act., depositi, mandati, pro socio. Der Titel fiduciae, der im Edict dem: de pign. a. folgte, fällt natürlich in den Digesten aus. Hieran schließen sich dann im 18ten Buch diejenigen bonae fidei negotia an, die nicht im Bereich

der condictio liegen, weil kein Creditum bei ihnen angenommen ward, die emtio uenditio et locatio conductio.

Noch eine Beschränkung, die die Condictio von der Legis Actio mit herüberbrachte, die Beschränkung auf ein certum als ihren Gegenstand, ward mit der Zeit aufgehoben. Es entstand eine incerti condictio, auf jede Leistung außer dem Geben einer bestimmten Summe oder Sache gerichtet. Wann sie entstand, läßt sich eben so wenig sagen, als sich für die Entwiklung der certi condictio genauere Zeitpunkte angeben lassen. Es fällt das alles vor die Zeit unsrer juristischen Autoren. Die incerti condictio wird von Zeitgenossen des Gajus häufig erwähnt; so von Pomponius in L. 22. §. 1. de cond. indeb., von Julianus in L. 3. de cond. sine causa. L. 46. pr. de I. dot. L. 2. §. 4. de donatt. L. 60. de legat. 1. Daß sie schon lange vor dieser Zeit bekannt war, beweist L. 12. §. 2. de cond. furt., wo sie in einer von Neratius referirten Sentenz des Aristo vorkommt. Auf die incerti condictio führte das Bedürfnis in denselben Fällen, wo die certi condictio als Ergänzungsklage eingetreten war, also allein stand, nicht, wie in ihrem ursprünglichen Gebiet, mit specielleren Actionen concurrirte. Denn nur da war, wenn ein incertum eingefordert werden sollte, ohne die incerti condictio keine Hülfe. Alle Beispiele der incerti condictio, welche vorkommen, gehören daher in diese Sphäre: es ist eine incerti condictio sine causa, indebiti etc., nie eine incerti condictio depositi, commodati, ex stipulatu, ex testamento etc.

Nachdem so die äußeren Grenzen der Condictio bestimmt sind, müssen wir ihr Wesen, das, wodurch sie sich von den übrigen in personam actiones unterscheidet, betrachten. Zuerst von der certi condictio. Mit jenen gemein

haben muß sie den allgemeinen Charakter der in personam actiones, sie muß also eine aus Rechtsverlezung entsprungene Obligation zum Grunde haben. In den Fällen, wo die Condictio mit Contractsklagen concurrirt, ist das verlezte Recht eine Vertragsobligation; die condictio ex causa furtiua hat verleztes Eigenthum zum Grunde; damit eine condictio indebiti entstehe, muß der vom Recht anerkannten Verpflichtung, zurükzugeben, was man durch bloßen Irrthum eines Andern von ihm erhalten hat, vom Beklagten nicht nachgekommen sein u. s. w. Die so entstandene Obligation, auf deren Verwirklichung die Condictio geht, muß ferner wie bei jeder in personam actio Ersaz für die Rechtsverlezung zum Inhalte haben. Aber es ist hier nicht wie in den übrigen in personam actiones das Interesse im engeren Sinne, was verfolgt wird, nicht das Unbestimmte quidquid dari fieri oportet, sondern ein Bestimmtes. Das sich von selbst ergebende Princip der Obligation zu Ersaz nemlich ist: es soll der Actor in den Stand versezt werden, in dem er ohne die Verlezung sein würde. Das Urtheil muß demnach das enthalten, was der Actor haben würde, wenn gar keine Unrechtlichkeit geschehen wäre. Fassen wir diese Obligation in der ganzen Freiheit auf, die sie haben muß, um jenes Princip vollkommen zu verwirklichen, so erhält sie nothwendig das Eigne, daß sie sich vom Augenblicke ihres Entstehens, also von der Rechtsverlezung an, beständig ihrem Inhalte nach verändern, beständig eine neue werden muß. Sollten am ersten Januar 100 bezahlt werden, und sie sind da nicht bezahlt worden, so kann der Ersaz als Inhalt der aus der Rechtsverlezung entsprungenen Obligation am 2ten Januar in den meisten Fällen noch nicht weit den Inhaltsbetrag der ursprünglichen Verpflichtung übersteigen. Aber er muß mit der Zeit wachsen, und der Richter, der ihn nach Verlauf eines

Jahres zu bestimmen hat, muß in eine größere Summe verurtheilen, abgemessen darnach, was der Actor seinen besondern Verhältnissen gemäß nun haben würde, wenn zu rechter Zeit bezahlt worden wäre. — So wird es heutzutage in allen Fällen gehalten, so war es zur Zeit des Römischen Formelprozesses dann, wenn die Actio durch eine incerta formula eingeleitet war. Das quidquid dari fieri oportet der formula in ius concepta, das quanti ea res erit der formula in factum concepta ließ jede Inhaltsveränderung zu, und in dieser unbestimmten Gestalt lief die Obligation bis zur Zeit des Urtheils hin; erst hier ward sie bestimmt und firirt. — Jenes Unstäte und Unbestimmte, die große Freiheit, die dadurch dem Ermessen des Judex gegeben war, vertrug sich nicht mit dem stricten Charakter der Condictio; von ihrem Entstehen an ward der Inhalt der Obligation in festere Grenzen eingeschlossen. Nur der Schaden sollte berechnet, nur auf den Schaden sollte gesprochen werden, der aus der Rechtsverlezung für jeden ganz abgesehen von besondern Verhältnissen erwachsen mußte. Dadurch war die Veränderlichkeit der Obligation, wenn auch, wie sich unten zeigen wird, nicht ganz aufgehoben, doch sehr eingeschränkt; denn das Meiste, was dem freieren Princip nach mit der Zeit ihrem Inhalte zuwächst, steht mit den besondern Verhältnissen der einzelnen Person in engem Zusammenhang. Der unmittelbarste und absoluteste Schade aber ist der, daß der Kläger das Bestimmte, was ihm der ursprünglichen Verpflichtung nach hätte geleistet werden sollen und nicht geleistet worden ist, oder was ihm, wenn nicht eine Verbindlichkeit das Verlezte ist, durch die Unrechtlichkeit abhanden gekommen, daß er dieses Bestimmte nun nicht hat. Dieser Schaden wird aufgehoben, wenn ihm das Bestimmte jezt gegeben wird, und auf diese Leistung allein war die Intentio der certi condictio ge=

richtet. Das ist es, wodurch sich ihre Formel von der aller übrigen in personam actiones unterscheidet, daß sie eine certa ist, das heißt eine intentio certa hat. Diese lautete z. B. in einem Falle der Lex Silia: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere; in einem Falle der Lex Calpurnia: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio hominem Stichum dare oportere vergl. Gaj. IV. 41; immer also auf ein certum dare. Certum ist eine unmittelbar durch die Worte bestimmte Summe oder Sache; mehr Bedenklichkeit macht der Sinn des dare für die certi condictio. Die Hauptstelle hierüber ist Gaj. IV. 4. (§. 14. I. de action.)

> „Sic itaque discretis actionibus certum est, „non posse nos rem nostram ab alio ita „petere: si paret eum dare oportere, „nec enim, quod nostrum est, nobis dari „potest, cum solum id dari nobis in-„tellegatur, quod ita datur ut no-„strum fiat; nec res quae nostra est, am-„plius nostra fieri potest. Plane odio furum, „quo magis pluribus actionibus teneantur, „effectum est, ut extra poenam dupli aut „quadrupli rei recipiendae nomine fures ex „hac actione etiam teneantur: si paret „eos dare oportere, quamuis sit etiam „aduersus eos haec actio, qua rem nostram „esse petimus."

Nach dieser Stelle hat dare einen sehr engen Begrif, nur Uebertragen von Eigenthum ist darunter zu verstehn; und aus diesem Begriffe wird in der Stelle selbst gefolgert, daß die certi condictio, die Klage, deren Intentio auf dare gerichtet ist, nur von einem Nichteigenthümer angestellt werden kann, weil nur an einen solchen

Eigenthum übertragen werden kann: daß dieser Sinn des Wortes dare unter den classischen Juristen als der technische galt, beweisen die bei Brisson. d. V. S. s. v. dare angeführten Stellen, besonders L. 75. §. ult. de V. O. und L. 128. de Reg. Iur. In einem Fall indessen, fährt Gajus fort, wird das dare in weniger strengem Sinne genommen; es wird nemlich gegen den Dieb auf Herausgabe der gestohlnen Sache die certi condictio dem Eigenthümer gegeben. Nach Gajus' und der entsprechenden Institutionenstelle Worten, müßte man glauben, dieses sei der einzige Fall einer solchen Ausnahme. Da stoßen uns denn aber Stellen in den Digesten auf, die sich mit dieser Annahme auf keine Weise vertragen. L. 4. §. 1. de reb. cred. ist kaum miszuverstehen.

(Vlpianus) „Res pignori data pecunia soluta condici „potest."

Wollte man sich hier damit helfen, es sei pignori für fiducia eingeschoben worden, so bleibt noch L. 13. §. 1. depos. zu erklären:

(Paulus) „Competit etiam condictio depositae rei „nomine, sed non ante, quam quod dolo „admissum est: non enim quemquam hoc „ipso, quod depositum accipiat, con„dictione obligari constat, uerum quod „dolum malum admiserit."

Daß die Beschränkung in der Stelle sich auf die besondere Prästation beim Depositum bezieht, wird man nicht bezweifeln. — Nicht anders war es bei der res commodata und pignori data. — Und wir haben oben wahrscheinlich zu machen gesucht, daß gerade diese Fälle in das ursprüngliche und eigentliche Gebiet der Condictio gehören. Es gab Fälle in diesem Gebiet, im Gebiet des Creditum, wo mit der Condictio Eigenthumsübertragung erlangt ward: so wenn eine mutua pecunia, wenn ein

uerbis oder literis creditum, ein constitutum, ein iudicatum, depensum, eine fiducia, wenn ein per damnationem relictum eingefordert ward; aber ebensoviele, wo der Actor schon Eigenthümer war, und also nicht mehr Eigenthum, sondern nur Besiz übertragen werden sollte. Das jedoch ist allen Fällen, die hierher gehören, gemein: immer ist die Intentio der Condictio gerichtet auf Uebertragen von Eigenthumsbesiz, das heißt von Besiz, in welchem Eigenthum verwirklicht wird; mit dem Unterschiede, daß in den Fällen der ersteren Art das zu verwirklichende Eigenthum mit seiner Verwirklichung im Besiz zugleich entsteht; in den lezteren dagegen das Eigenthum schon vorher da war, und nur der Besiz, als der Zustand, in dem es verwirklicht ist, erreicht werden soll. Dieses Uebertragen von Eigenthumsbesiz also war es, nicht blos Uebertragen von Eigenthum, was man zur Zeit, da die Intentio der Condictio in die Worte dari oportere gefaßt ward, mit dem Worte dari bezeichnete. Sehr gut paßt dazu die Definition, welche Seneca d. benefic. II. 10. gibt:

„dare aliquid a se dimittere est, et id
„quod tenueris, habendum alteri tradere."

Aus dieser Bedeutung erklärt sich auch, wie aus einem Vindicationslegat neben der rei uindicatio, also dem Eigenthümer, jemals die certi condictio gegeben werden konnte. Jener engere technische Begrif von dare gehört mithin der späteren Jurisprudenz an. Das Bedürfnis gab, wie wir sahen, der Condictio einen neuen Wirkungskreis, es entstand die condictio sine causa und die ihr angeschlossenen; natürlich reichte dieser Wirkungskreis nicht weiter als das Bedürfnis, als die Lücke, die durch diese Ausdehnung ausgefüllt werden sollte. Ein solches Bedürfnis, eine solche Lücke war aber nur da vorhanden, wo der Kläger nicht mehr Eigenthümer war, und deshalb

mit der rei vindicatio sich nicht helfen konnte. So entstand für die Condictio als Hülfsklage der Saz, daß sie nur auf Uebertragung von Eigenthum gehe, daß also nur ein Nichteigenthümer in ihr Kläger seyn könne. Mit der condictio ex causa furtiva war es anders; nicht das Bedürfnis rief sie hervor, sondern sie wurde, wie Gajus sagt, odio furum eingeführt. Demgemäß konnte auch nicht Bedürfnis ihr die Grenzen anweisen, und so behielt das dare hier ganz die ursprüngliche Ausdehnung: Uebertragen von Eigenthumsbesiz. Darüber hinaus aber ging es auch nicht, und darum ward nicht jedem, der Interesse und deshalb die furti actio hatte, auch die condictio ex causa furtiva gegeben, sondern allein dem Eigenthümer, da ihm allein Eigenthumsbesiz übertragen werden konnte.

Die ursprüngliche Thätigkeit der certi condictio, das Einfordern eines Creditum, war gewiß schon zu Gajus Zeit die unbedeutendste; es mochte schon damals selten genug vorkommen, daß eine deponirte, eine zu Pfand gestellte Sache statt mit der Contractsklage, der depositi oder pigneratitia actio, mit einer certi condictio zurükgefordert ward. Dagegen hatte sie große praktische Wichtigkeit als Ergänzungsklage. So erklärt sich wohl, daß Gajus ihre ursprüngliche Sphäre ganz vergißt, als Regel für sie aufstellt, was nur die Grenzen des Bedürfnisses in ihrer abgeleiteten Function hervorgebracht hatten, und so die furtiva condictio als Ausnahme hinstellt. Uebrigens ist auch, wenn man von dem Einfordern der res creditae absehen will, dieser Fall zu einzeln hingestellt. Ein andrer ihm offenbar nachgebildeter, über den zur Zeit des Labeo noch gestritten ward (L. 25. §. 1. de furtis), ist der, da ein mit Gewalt entrissenes Grundstük condicirt wird. L. 2. §. 26. bon. vi raptor. Auch hier behielt man die ursprüngliche Bedeutung der Intentio:

dari oportere, bei, es ward deshalb auch hier die certi condictio dem Herrn des geraubten Grundes, aber auch nur ihm gegeben. L. 2. d. cond. tritic.:

(Vlpianus) „Sed et ei, qui ui aliquem de fundo de-„iecit, posse fundum condici, Sabinus scri-„bit. Et ita et Celsus, sed ita si domi-„nus sit, qui deiectus condicat; „ceterum si non sit, possessionem eum „condicere Celsus ait."

Nun über die Endworte bei der incerti condictio.

Die Condemnatio in der Formel der certi condictio stimmt, im Falle die intentio auf eine certa pecunia lautet, mit ihr dem Inhalt nach überein, z. B. si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato, si non paret absoluito. War es dagegen eine andre bestimmte Sache, auf welche die Intentio gerichtet war, so konnte die Condemnatio, da sie nur Geld enthalten konnte, nicht in ihrem Inhalte mit ihr gleichlauten, es mußte dann hier das Aequivalent der Sache, die aestimatio erscheinen; so: Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Stichum hominem dare oportere, quanti hunc hominem esse paret, tantam pecuniam u. s. w. vgl. L. 179. L. 193. d. V. S. Als Zeitpunkt der Aestimatio ward der Augenblik angenommen, wo die der Condictio zu Grunde liegende Obligation auf Schadensersaz entstanden war. War das verlezte Recht eine Obligation, so ist dies der Augenblik der Mora. Mora entstand nach allgemeinen Regeln dann, wenn der gültigen Willensbestimmung des Creditor nicht Folge geleistet war, es ward also außer Fälligkeit der Schuld dazu eine gültige Interpellatio erfordert. Da diese nun aber wieder sehr unbestimmte Bedingungen hatte, daß sie opportuno loco und tempore geschehe u. dgl., da es auch

immer zweifelhaft sein konnte, wenn der Creditor, nachdem er Zahlung gefordert hatte, sich eine Zeitlang beruhigte, ob er nicht hatte Aufschub gestatten wollen, so hätte hier wieder die Quantität des zu Leistenden für den stricten Charakter der certi condictio zu sehr vom Gutdünken des Richters abgehangen, wenn man ihm die Bestimmung des Zeitpunkts der Mora und somit der Aestimatio auf diese Weise freigegeben hätte. So wurden denn auch hier für die certi condictio festere Grenzen angenommen. War nemlich 1) im Contract ein bestimmter Zahltag gesezt, so sollte unmittelbar mit ihm mora entstehn (L. 114. d. V. O.) und die Aestimatio auf ihn bezogen werden. L. 22. de reb. cred. L. 4. d. cond. tritic. 2) War das nicht geschehen, so sollte ohne Untersuchung, ob vielleicht schon früher eine gültige Mahnung geschehen, und demnach Mora entstanden, der Zeitpunkt der Litis Contestatio als der Augenblik angesehen werden, wo der Creditor zuerst seinen Willen, daß nun geleistet werde, ernstlich ausgesprochen, wo also, wenn der Schuldner diesem nicht nachkam, Mora entstand. An ihn ist daher die Aestimatio geknüpft. L. 22. L. 4. citt. — Ist es nicht eine Obligatio, sondern ein andres Recht, aus dessen Verlezung die Condictio entspringt, so ist der Moment des Delicts zugleich Moment der Aestimatio. Rein pönal war die Zeit der Aestimatio bestimmt im Falle der Lex Aquilia L. 2. pr. L. 27. §. 3. ad L. Aquil. und für die Condictio ex causa furtiua. L. 8. §. 1. und besonders L. 13. d. cond. furt.

In allen diesen Fällen, wo die Intentio nicht auf Geld, sondern eine andre Sache ging, mußte nothwendig der Inhalt der Condemnatio in der Formel eine incerta pecunia seyn. Heißt es z. B. in der Formel einer condictio furtiua: quanti hic homo inde a furto facto plurimi fuit, so ist das freilich eine viel näher bestimmte

Summe, als die der Condemnatio: quanti ea res erit, condemna, oder in der formula incerta in ius concepta mit Hineinziehung des Inhalts der Intentio: quidquid ob eam rem dari fieri oportet, id condemna; dennoch nannten die Römer auch eine so näher bestimmte Summe nicht certa pecunia, sondern erforderten zu dieser eine unmittelbare Zahlenbestimmung. Das erhellt deutlich aus L. 75. §. 6. d. V. O.

(Vlpianus) „Qui uero a Titio ita stipulatur: quod „mihi Seius debet, dare spondes? „et qui ita stipulatur: quod ex testa-„mento mihi debes, dare spondes? „incertum in obligationem deducit, licet „Seius certum debeat, uel in testamento „certum debeatur."

Hier ist das zu Leistende offenbar noch fester begrenzt als in unsrer Condemnation, und dennoch erkennen die Römer es nicht als ein certum an. So rechtfertigt sich nun Göschen's Lesart von Gaius IV. 49. 50.

§. 49. „Condemnatio autem uel certae pecuniae „in formula ponitur, uel incertae.

§. 50. „Certae pecuniae in ea formula, „qua certam pecuniam petimus; „nam illic in ima parti formulae ita est: „Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio „sestertium X milia condemna, si non „paret absolue."

Es ist hiernach die Formel der auf certa pecunia gerichteten Condictio die einzige, welche eine condemnatio certae pecuniae hat. Es versteht sich aber, daß auch, wo die Formel eine incerta condemnatio hat, doch der iudex am Ende eine certa condemnatio, zu der jene ja nur die Instruction ist, aussprechen muß. Gai. IV. 52. Vielleicht reichte das officium iudicis ursprünglich bei der

certi condictio nie über die rei aestimatio hinaus. Später finden wir es dahin erweitert, daß auch die Früchte und sonstigen Accessionen der condicirten Sache berücksichtigt werden sollen. L. 8. §. 2. de cond. furt. L. 31. de reb. cred. L. 15. L. 65. §. 5. de cond. indeb. Ja man ging über die körperlichen Accessionen hinaus: wenn mein Sklave zum Erben eingesezt, oder ihm ein Legat hinterlassen war, und ich das nun verliere, so soll der Richter auch auf diesen Schaden erkennen. L. 3. de cond. furt. L. 91. §. 7. de leg. I. Gai. III. 212. Zur Berechnung der Accessionen muß gewiß auf dieselben Zeitpunkte zurükgegangen werden, die für die rei aestimatio oben angegeben worden. L. 8. §. 2. de cond. furt. nennt ganz allgemein: fructui, weil hier Mora von Anfang an da ist, L. 31. de reb. cred. gibt die Litis Contestatio als Anfangspunkt an, da das als gewöhnlicher Zeitpunkt der Mora angesehen ward. Ist im Contract ein bestimmter Tag gesezt, so müssen ohne Zweifel auch die Früchte von da an berechnet werden (s. not. 11.). Diese Erweiterungen gehen übrigens auf keine Weise über das Princip der certi condictio hinaus; denn auch diese Vortheile sind solche, die nicht in den besondern Verhältnissen des Klägers ihren Grund haben, sondern die nach der Natur der Sache jedem zufallen mußten. Und so ist das, was mit der certi condictio erlangt ward, zwar dem Interesse im eigentlichen Sinne genähert, und daher kommt es, daß die Römer es wohl zuweilen mit „id, quod interest" bezeichnen, so L. 3. de cond. furt. [11]). Dennoch bleibt immer ein durchgreifender Unterschied zwischen beiden.

---

11) Hieraus erklärt sich L. 114. d. V. O. (Vlpianus „Si fundum certa die praestare stipuler, et per promissorem steterit, „quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea „intersit, moram factam non esse." Daß hier nur von der certi condictio die Rede sein kann, werden wir unten sehn. Mit: quanti mea intersit können demnach nur die Früchte der Zwischen-

Wir führten beim Beginnen der Untersuchungen über den Umfang der certi condictio die Anfangsworte der L. 9. pr. d. reb. cred. an. Jezt erst können sie mit den ihnen folgenden ein rechtes Licht erhalten. Das ganze Principium der Stelle lautet so:

(Vlpianus) „Certi condictio competit ex omni causa „et ex omni obligatione, ex qua certum „petitur, siue ex certo contractu petatur, „siue ex incerto. Licet enim nobis ex „omni contractu certum condicere, dum„modo praesens sit obligatio; caeterum si „in diem sit uel sub conditione obligatio, „ante diem uel conditionem non potero „agere."

Wir haben nun schon gesehen, daß die certi condictio keineswegs aus jeder Obligation noch aus jedem Contracte zusteht. Darnach wird man den Anfang der Stelle nicht so zu verstehen haben: Die certi condictio steht aus jeder Obligation zu, sobald man ein Bestimmtes aus ihr einklagen will; sondern die Worte: „ex qua certum petitur" sind einschränkend. Der Sinn des ganzen Principium ist nun der: „Bei allen Obligationen, aus denen die certi condictio überhaupt zugelassen ist, macht es für diese keinen Unterschied, ob die Obligatio aus einem contractus certus oder incertus entsprungen ist. Denn aus dem einen so gut wie aus dem andern kann, wenn nur die Obligation wirklich schon vorhanden und fällig ist, die certi condictio angestellt werden." — Aus welchen Contractsobligationen und aus welchen Obligationen überhaupt die certi condictio gegeben ward, ist oben unter-

zeit gemeint sein. Hierdurch bestätigt sich, daß wenn im Contract ein fester Tag gesezt ist, die Früchte in der certi condictio eben wie die aestimatio, nicht erst vom Tage der Litis Contestatio, sondern von dem festgesezten Tage an gerechnet werden.

sucht worden; es bleibt uns, nachzusehen, was denn mit contractus certus und incertus gemeint sei, und inwiefern aus einem Contract der lezteren Art ein Bestimmtes eingefordert werden könne. Wir thun am besten, uns an einen Contract zu halten, bei' dem jene Ausdrücke selbst vorkommen, und einen solchen finden wir in der Stipulatio. Von stipulatio certa und incerta ist besonders im Titel de V. O. vielfach die Rede. Eine Hauptstelle ist L. 74. eo tit.

(Gaius) „Stipulationum quaedam certae sunt, quae-„dam incertae. Certum est, quod ex ipsa „pronuntiatione apparet, quid quale quan-„tumque sit, ut ecce aurei decem, fundus „Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi „optimi modii centum, uini Campani op-„timi amphorae centum."

Aus dieser Stelle ergibt sich für's erste, daß man nicht, wie Keller (in der seinem Buche angehängten Note) zu thun scheint, stipulatio certa und stipulatio certi unterscheiden darf. Gajus beschreibt die stipulatio certa, indem er angibt, was ein certum, als ihr Inhalt, sei; und so wird durch den ganzen Titel mit stipulatio certa und certi ganz nach Belieben gewechselt. Stipulatio certa ist die, welche auf das Geben eines einigen Bestimmten gerichtet ist, d. h. auf ein Geben, dessen Gegenstand durch die Stipulationsworte selbst vollkommen bestimmt ist. Den Gegensaz bildet die stipulatio incerta; von ihr müssen wir Fälle doppelter Art unterscheiden:

1) In der Stipulation ist gar nicht von dem Geben bestimmter Sachen die Rede; sie geht entweder auf das Geben eines erst zu Bestimmenden, oder gar nicht auf Geben, sondern auf andre Leistungen. Beispiele in L. 68. L. 112. L. 113. §. 1. und an mehrern Stellen des Titels de V. O. Eigens handelt davon L. 75. §. 7. eod. tit.

(Vlpianus) „Qui id quod in faciendo aut non fa-
„ciendo consistit stipulatur, incertum sti-
„pulari uidetur; in faciendo, ueluti fos-
„sam fodiri, domum aedificari, uacuam pos-
„sessionem tradi; in non faciendo, ueluti
„per te non fieri, quominus mihi per
„fundum tuum agere liceat, per te non
„fieri, quominus mihi hominem Erotem
„habere liceat."

7) In der Stipulation kommt das Geben bestimmter Dinge vor; dennoch kann man nicht sagen: „es ist aus den Worten selbst klar, was, welcher Art, und wie groß das zu Gebende sei" (L. 74. cit.), deshalb nicht, weil es kein einiges Bestimmtes ist. Der Hauptfall ist das Versprechen einer jährlichen Leistung. L. 16. §. 1. de V. O. (Pomponius) „Stipulatio huiusmodi: in annos singulos, „una est et incerta, et perpetua.
Würde eine solche Stipulationsform nicht als eine einzelne („una"), sondern als mehrere Stipulationen enthaltend angesehen, so wäre jede dieser mehreren eine certa, denn ihr Gegenstand wäre ein einiges Bestimmtes. Als eine Stipulation ist es eine incerta.

Wie aus einem contractus incertus der lezteren Art eine certi condictio erwachsen kann, ist sogleich klar. An jedem Jahrestage wird nehmlich ein Bestimmtes geschuldet, und das einzelne Bestimmte wird mit der certi condictio eingeklagt. Aber kann denn auch aus einer incerta stipulatio der ersteren Gattung, wo weder eine bestimmte Sache oder Summe, noch überhaupt bestimmte Sachen oder Summen versprochen sind, ein certum condicirt werden; oder ist L. 9. pr. zu allgemein gefaßt? Wir gaben oben als eine Eigenheit der certi condictio an, daß das Bestimmte, auf welches die ursprüngliche Obligation gerichtet war, auch als Inhalt der Obligation

zu Schadensersaz, die aus der Verlezung jener entsprang, angenommen wurde. Hier ist die ursprüngliche Obligation gar nicht auf ein Bestimmtes gerichtet, an sich kann es daher auch die nicht sein, welche aus ihrer Verlezung entspringt; die Frage ist da nur: kann man ein solches Unbestimmtes für die Condictio als Bestimmtes behandeln? Dies muß bejahet werden. Will es einer auf die Gefahr, durch Pluspetitio sein ganzes Recht zu verlieren, ankommen lassen, so kann er immer auch in solchen Fällen die Intentio auf ein Bestimmtes richten. Er kann Statt „quidquid dari fieri oportet" intendiren: si paret centum dari oportere. Dann muß er nachweisen, daß die so ausgesprochene Summe nicht das überschreitet, was der Richter am Ende hätte bestimmen müssen. Eine solche Umwandlung des Unbestimmten in ein Bestimmtes ist desto unbedenklicher, je mehr sich das Unbestimmte dem Bestimmten nähert, je unmittelbarer dieses aus jenem entwickelt werden kann; so in den Fällen der L. 75. §. 6. d. V. O. cit.: Titius hat nur versprochen, was er mir aus einem Testamente, oder was Sejus mir schuldet; und dieses Geschuldete ist ein Bestimmtes. Der Schluß aus den Worten auf die Sache ist hier ein fast ebenso einfacher, als wenn das zu Leistende geradezu in Zahlen ausgedrükt wäre. Daß eine solche Umwandlung durch die Intentio möglich war, daß sie sich nicht auf Obligationen beschränkte, wo sie so leicht geschehen konnte, wie in den angeführten, beweisen mehrere der Fälle, wo nach dem oben Vorgekommenen die certi condictio zusteht. Nach L. 9. §. 1. d. reb. cred. cit. ward sie aus der Lex Aquilia gegeben; ohne Verwandlung eines Unbestimmten in ein Bestimmtes aber war sie hier nie möglich, denn die aus einer aquilischen Verlezung entstehende Obligation geht an sich immer auf ein Incertum. War ein Sklave getödtet oder verwundet, so konnte man nicht intendiren:

hominem Stichum dari oportere. Stellte man aber die Intentio so: quanti Stichus homo ultimo anno plurimi fuit, dari oportere, oder: quanti Stichus homo in triginta proximis diebus fuit, dari oportere, so war das, wie wir sahen, nach Römischen Begriffen ein Incertum, und die Condictio keine certa. Um sie zur certa zu machen, mußte also hier der Actor das Geschäft des Judex auf sich nehmen, und das Unbestimmte bestimmen. Ferner sahen wir aus L. 28. §. 4. de iureiur., daß die certi condictio aus Mandatum, Negotiorum gestio und Societas zustand; auch hier war nicht das Geben eines Bestimmten Inhalt der ursprünglichen Verpflichtung, so war auch hier immer jene Verwandlung nöthig.

Zu der Zeit, aus der unsre juristischen Quellen herrühren, war die certi condictio in den Fällen, wo, um sie anstellen zu können, erst ein Unbestimmtes bestimmt werden mußte, gewiß etwas sehr Seltenes; allenthalben traten hier die einzelnen Contractsklagen ein. So kommt es, daß in den Titeln mandati, pro socio, deren Stellung in den Digesten durch ihren Zusammenhang mit der Condictio bestimmt ward, diese selbst nicht vorkommt, während die Grundsäze der bonae fidei actiones den ganzen Raum einnehmen. In den Fällen der incerta stipulatio, wo gar nicht von dem Geben bestimmter Dinge die Rede ist, verschwand wie bei Mandat und Societas die Condictio, und die Contractsklage, die actio ex stipulatu mit der gewöhnlichen Intentio: quidquid ob eam rem dari fieri oportet (Gai. IV. 131.) trat an ihre Stelle. Sie geht, wie die übrigen Contractsklagen, auf Interesse im eigentlichen Sinne (L. 68. 81. pr. 112. §. 1. 115. §. 1. 118. §. 2. 133. 135. §. 3. de V. O.). Nur den Zusaz ex fide bona und die damit verbundenen Erweiterungen des officium iudicis erhielt sie nicht, sie ward nicht zu den bonae fidei actiones gezählt, weil die Sti-

pulatio nicht wie die anderen Contracte dem ius gentium, sondern dem formellen Civilrecht angehörte. In den Fällen dagegen, wo die Stipulatio nur deshalb eine incerta war, weil sie nicht ein einiges Bestimmtes, sondern z. B. ein jährliches Bestimmtes enthielt, blieb die certi condictio praktisch; jene Verwandlung ward ja hier, um sie anzustellen, nicht erfordert. Wollte man sich in diesen Fällen der Contractsklage bedienen, so mußte man sich durch eine praescriptio sichern; (Gai. IV. 131) sonst ward, wie Keller Lit. Cont. §. 58. vortrefflich entwickelt hat, der ganze Inhalt der Stipulatio consumirt. Der Richter durfte nur auf die schon fälligen Termine sprechen, und die späteren konnten nicht weiter eingeklagt werden. Wie bei der Stipulatio, so erging es beim Legat; auch hier trat, wenn ein gänzlich Unbestimmtes legirt war, die specielle Klage, die actio ex testamento auf Interesse an Stelle der certi condictio. Beispiele in L. 66. 69. §. 2. 82. §. 2. 86. 116. §. 4. de leg. I. Aber hier ward die Klage auf Interesse über die Grenzen der Condictio hinaus ausgedehnt; man gab sie nicht dem Legatar allein, sondern jedem, der ein Interesse nachweisen konnte; so dem Erben gegen den Erben, dem Erben gegen den Legatar, dem die Zahlung einer Schuld des Erblassers aufgelegt war, L. 69. §. 2. (L. 49. §. 4. eod.) dem Hauptschuldner gegen den Erben des Bürgen, dem von diesem aufgegeben ist, die Schuld, wofür er Bürge ward, zu zahlen. L. 49. §. 6. §. 7. eod. — Bei den von Anfang an auf ein Bestimmtes gerichteten Obligationen (contractus certi) machte sich das Verhältnis der Condictio zu der speciellen Klage in den verschiednen Fällen verschieden. Für Depositum, Commodatum und Pignus ward die Contractsklage wohl die vorherrschende, doch wird der certi condictio bei Depositum und Pignus noch besonders erwähnt. L. 13. §. 1. depos. L. 4. §. 1. de reb. cred. citt. Dagegen kam

in andern Fällen die specielle Klage neben der certi condictio gar nicht auf. Ausdrüklich wird uns das von der certa stipulatio gesagt in L. 24. de reb. cred.
(Vlpianus) „Siquis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condictitia actione id persequi debet, per „quam certum petitur" [12]).
Nicht anders war es sicher beim Legatum certum, auch hier ward die Klage auf Interesse nicht zugelassen, wie die Legatentitel hinreichend ausweisen. Darum sezt auch Gaius IV. 9. für certi condictio aus Legat als gleichbedeutend: actio legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt. Ebenso mit der certa pecunia constituta, denn die pecuniae constitutae actio, die hier in dem Digestentitel vorkommt, ist immer die certi condictio; nicht anders mit dem iudicatum, der confessio und dem iusiurandum. Endlich gibt es keine Contractsklage aus dem mutuum datum: die certi condictio ist hier, da immer eine certa obligatio vorhanden ist, die einzige Klage. Daraus folgt von selbst, daß das Mutuum nicht unter die bonae fidei negotia gerechnet werden konnte; nicht am Contract selbst lag das hier, wie bei den formellen Geschäften, denn die Causa ist nicht eine civilis, sondern eine naturalis, wie ausdrüklich gesagt wird Gai. III. 131. [13]), und §. 2. in f. I. de iure naturali, sondern allein daran, daß aus dem Mutuum blos eine stricti iuris actio entstand.

Was ist der Grund dieses verschiedenartigen Verhältnisses, welches die certi condictio und die specielle Klage

---

12) Wie Gans (Obligationenrecht S. 33. not. 11.) aus dieser Stelle nachweisen will, daß actio ex stipulatu und certi condictio eins seien, ist mir nicht klar.

13) Wenn hier nicht mit Thon Rhein. Mus. f. Jurisprud. Bd. IV. S. 137. für: pecuniae iure naturali: peculiarem zu lesen ist.

in den verschiedenen Fällen zu einander annahmen? Ein allgemeiner Vortheil, den die leztere vor der ersteren hatte, war, daß man mit ihr sein Interesse erlangte. Man mußte aber eher geneigt sein, diese Rüksicht gelten zu lassen, wo die eigne Sache in Händen des Gegners war, bei Commodatum, Depositum, Pignus, als wo das nicht der Fall war. Bei Mutuum und Geldversprechen konnte überdies das Interesse nur in Zinsen bestehn, und die konnte man sich ja besonders versprechen lassen. Ein Hauptgrund aber, der bei jenen drei Contracten der Contractsklage das Uebergewicht gab, war wohl, daß diese eine formula in factum concepta (arbitraria) hatte, die Condictio dagegen nur eine formula in ius concepta, so daß man mit dieser immer nur Geld, mit jener dagegen die Sache selbst erhalten konnte. Wo man ein Genus erforderte, wie beim Mutuum, fiel diese Rüksicht ganz weg, und auch wo die Intentio auf eine bestimmte Sache außer Geld gerichtet war, die aber dem Kläger noch nicht gehörte, konnte sie bei weitem nicht das Gewicht haben, wie beim Rükfordern der eignen Sache.

Schon Gajus stellt IV. 20. die Frage auf, warum die Condictio als Legis Actio überhaupt eingeführt worden sei, da man mit den zwei allgemeinen Legis Actionen, dem Sacramentum und der Judicis Postulatio, würde ausgereicht haben? und er läßt diese Frage unbeantwortet. Wir können ebenso fragen, warum der Prätor die Condictio neben den speciellen Klagen in sein Edict aufgenommen habe? Der Zweifel betrift blos die Condictio in ihrer ursprünglichen und eigentlichen Sphäre, wo ein Creditum durch sie eingefordert ward; wo sie Ergänzungsklage ist, stehen ihr, eben weil sie solche ist, keine speciellen Klagen zur Seite, sie ist also hier eine necessaria. Daß das Verfahren der certi condictio mit Nachtheilen für den Beklagten verbunden war, kann nicht bezweifelt werden;

Gajus selbst sagt uns ja, daß diese Klage zur Strafe des Diebes neben der pönalen furti actio gegeben ward. Manche der Eigenheiten, welche die stricte Natur der certi condictio mit sich brachte, mochten indeß schon zu Gajus Zeit verlöscht sein; einzelne Spuren sind uns geblieben. Eine solche ist es, daß vor Marc Aurel in den stricti iuris iudiciis gar keine Compensation zuläßig war. (Gai. IV. 63.) §. 30. I. de action. Ferner lernen wir aus Gai. IV. 171., daß es dem Kläger mit der certi condictio in gewissen Fällen freistand, den Beklagten zu einer pönalen Sponsion zu zwingen; es heißt da: „uelut de „pecunia certa credita et pecunia constituta:" ob sich das noch auf Fälle außer diesen bezog, wissen wir nicht. Es wird dieser Sponsion für die certae pecuniae condictio auch erwähnt Gai. IV. 13. und Lex de Gallia cisalpina c. 21. Ebenso sahen wir oben, daß der Beklagte in einigen Fällen der condictio durch die Litiscrescenz gefährdet war. Auch hier wissen wir nicht mit Sicherheit, ob dieser Saz, den wir aus der Lex Aquilia ableiteten, nicht mehr Fälle umfaßte, als sich erhalten haben und uns angegeben werden.

Die incerti condictio bildete sich, wie oben bemerkt worden, neben der certi condictio nur da, wo diese Ergänzungsklage ist. Es kommt keine incerti condictio ex stipulatu, ex legato, deposito, mandato u. s. w. vor, sondern nur eine incerti condictio indebiti, sine causa, ob turpem causam u. s. w. Von der certi condictio unterscheidet sie sich durch ihre auf ein Unbestimmtes, d. h. auf Etwas außer dem Geben eines Bestimmten gerichtete Intentio. Geben, dare, heißt hier aber Uebertragen von Eigenthumsbesiz in dem vorgekommenen Sinne. Verlangt daher ein Nichteigenthümer die Uebergabe einer bestimmten Sache, aber nicht zu Eigenthum, sondern blos zu Besiz, so ist das nie eine certi,

sondern immer eine incerti condictio. In L. 2. de cond. tritic., die schon oben ihres ersten Theils wegen vorgekommen ist, heißt es:

(Vlpianus) „Sed et ei, qui ui aliquem de fundo de„iecit, posse fundum condici, Sabinus „scribit. Et ita et Celsus, sed ita si „dominus sit, qui deiectus con„dicat; ceterum si non sit, pos„sessionem eum condicere, Cel„sus ait."

Es wird für die Condictio unterschieden, ob der Kläger Eigenthümer ist, oder ob er einen ihm gewaltsam entrissenen Besiz, der nicht Eigenthumsbesiz war, zurükfordert. Daß aber der Unterschied darin liegt, daß die Condictio im lezteren Falle eine incerti condictio ist, beweiset L. 12. §. 2. de cond. furt.

(Vlpianus) „Neratius libris membranarum Aristonem „existimasse refert, eum cui pignori res „data est, incerti condictione acturum, si „ea surrepta sit."

Auch jede andre Prästation, die eine aestimatio zuläßt, kann Gegenstand der incerti condictio sein. Am häufigsten kommt die Befreiung von einer ohne Grund übernommenen Verpflichtung als das mit ihr Geforderte vor, z. B. L. 16. §. 2. de minor. L. 3. de cond. sine causa. L. 46. pr. de Iure dot. u. a. and. St. Ebenso kann durch sie die Constituirung einer Obligation erlangt werden; so kann der Proprietar, der bei Bestellung des Usus fructus versäumt hat, sich die cautio usufructuaria leisten zu lassen, diese mit einer incerti condictio nachfordern. L. 7. pr. ususfr. quemadm. Auch die Bestellung eines ius in re kann ihr Gegenstand sein; einer Prädialservitut, L. 35. de seru. praed. urb.; eines Ususfructus, L. 75. §. 3. de V. O. („hoc enim magis iure utimur," sagt Ulpian,

daß nemlich eine auf Bestellung des Usufructus an einer bestimmten Sache gerichtete condictio nicht eine certi, sondern eine incerti condictio ist). — Die incerti condictio muß als ganz der certi condictio nachgebildet angesehen werden; ihre Intentio geht auf die bestimmte Leistung, die nur gerade nicht das Geben eines Bestimmten ist; es heißt in ihr nicht, wie in der incerta intentio der speciellen Klagen: quidquid dari fieri oportet, sondern z. B. si paret Numerium Negidium Aulo Agerio illius fundi usumfructum constituére oportere" oder: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio de usufructu cauere oportere, u. dgl. In der Condemnatio erscheint dann hier, wie bei der certi condictio triticaria, die Aestimatio der Leistung, worauf die Intentio ging.

Dieser Ansicht der incerti condictio scheint zu widersprechen L. 19. §. 2. de precario.

(Iulianus) „Cum quid precario rogatum est, non „solum interdicto uti possumus, sed et „incerti condictione, id est praescrip- „tis uerbis."

Durch diese Stelle scheint die actio praescriptis uerbis für eine incerti condictio erklärt zu werden. Nun nahmen wir aber von der civilen actio in factum an, daß sie die unbestimmte Intentio der speciellen Klagen: quidquid dari fieri oportet, habe, und so scheint entweder diese Annahme, oder das, was über die Formel der incerti condictio so eben gesagt ist, unrichtig zu sein. Dürfen wir mit dem in der Spangenberg'schen Ausgabe des Corpus Iuris verglichenen Codex Rehdigeranus für: incerti condictione lesen: „incerti actione," so ist diese Bedenklichkeit gehoben. Actio incerti mit dem Zusaz ciuilis wird die actio praescriptis uerbis z. B. auch genannt in L. 23. comm. diu. und so wird sie in L. 6.

de praescr. uerb. durch „ciuilis intentio incerti" bezeichnet. Streichen wir noch mit der Haloandrina die Worte „id est," so stimmt der Ausdruk „incerti actione praescriptis uerbis uti" genau mit dem in L. 8. de praescr. uerb. vorkommenden „praescriptis uerbis incerti agere." Aber auch wie die Flor. den Text gibt, folgt jene Gleichstellung durchaus nicht. Zu „praescriptis uerbis" ist dann nemlich nicht: actione zu ergänzen; uti praescriptis uerbis würde so für uti praescriptis uerbis actione wohl schwerlich vorkommen, sondern die Worte sind unmittelbar auf: condictione zu beziehn: Wir können uns der incerti condictio bedienen, und zwar einer incerti condictio mit praescriptis uerbis, d. h. deren Formel in der Demonstratio den Hergang der Sache erzählt, weil eben beim precarium kein bestimmter Contract namhaft gemacht werden kann. Die Worte: praescriptis uerbis werden dann allerdings in demselben Sinne genommen, den sie bei der praescriptis uerbis actio haben, aber diese in factum actio ist dadurch nicht für eine Condictio erklärt.

So sind wir denn dahin gekommen, einsehen zu können, daß, wenn Gajus IV. §. 5. sagt:

> „Appellantur autem ... in personam actiones, quibus dari fieriue oportere intendimus, condictiones,"

der Zwischensaz quibus — intendimus nicht eine überflüssige Beschreibung der in personam actiones im Allgemeinen enthalten, und condictio demnach für gleichbedeutend mit in personam actio erklärt werden soll; sondern daß durch jenen Saz eine Art der in personam actiones bestimmt wird: diejenige, deren intentio auf ein dari oder auf ein fieri lautet. Dadurch sind ausgeschlossen alle die, deren Intentio gar nicht unmittelbar auf eine Leistung gerichtet ist, weil sie eine in factum formula

concepta haben; aber auch die, welche die ganz allgemeine Intentio: quidquid dari fieri oportet haben. In den Institutionen heißt es freilich an der entsprechenden Stelle: quibus dare facere oportere intenditur, aber das kann nichts beweisen, da mit dem Wegfallen der Formeln auch die Formelunterschiede ihre Bedeutung verloren hatten, und man es daher hier nicht mehr genau zu nehmen brauchte. Bedenklicher ist es, daß Ulpian in L. 37. pr. de O. et A. condictio und in personam actio als ganz identisch behandelt. Dennoch möchte ich diesen Sprachgebrauch noch nicht für die Zeit des Gajus annehmen. In unsrer Stelle (§. 5.) spricht Gajus von der Condictio überhaupt, er umfaßt die certi und incerti condictio; in §. 18. dagegen bezeichnet er blos die der Legis Actio unmittelbar sich anschließende Condictio mit certa formula.

Zur Uebersicht des Ganzen sollen die Formeln der in personam actio, von denen im Vorigen näher die Rede gewesen ist, in Beispielen hier unter einander gestellt werden:

I) *certa formula*

1. mit condemnatio certae pecuniae.
   Iudex esto. quod Aulus Agerius Numerio Negidio centum mutuo dedit, qua de re agitur, si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato, si non paret absoluito.

2. mit condemnatio incertae pecuniae.
   Iudex esto. quod Aulus Agerius a Numerio Negidio Stichum hominem stipulatus est, qua de re agitur, si paret Numerium Negidium Aulo Agerio Stichum hominem dare oportere, quanti hunc hominem esse paret, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito.

II) *formula incerta.*

1. der incerti condictio.

Iudex esto. quod Aulus Agerius a Numerio Negidio illius fundi usumfructum stipulatus est, qua de re agitur, si paret Numerium Negidium Aulo Agerio illius fundi usumfructum constituere oportere, quanti hunc usumfructum esse paret, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito.

2. der speciellen in personam actiones.

a) formula in ius concepta.

α. einer benannten Contractsklage: Iudex esto. quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit,

β. der praescriptis uerbis actio: Iudex esto. quod inter Aulum Agerium et Numerium Negidium de permutatione conuenit ita ut Numerius Negidius Stichum hominem Aulus Agerins Pamphilum hominem daret, et Aulus Agerius Pamphilum hominem ex hac conuentione dedit,

(zu α und β:) qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona eius, id iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito.

b) formula in factum concepta.

α. einer benannten Contractsklage: Iudex esto. si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito.

β. der praescriptis uerbis actio: Iudex esto. si paret inter Aulum Agerium et Numerium Negidium de permutatione conuenisse ita ut Numerius Negidius Stichum hominem, Aulus Agerius Pamphilum hominem daret, et Aulum Agerium Pamphilum hominem ex hac conuentione dedisse, si Stichus homo non detur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito.

(Schluß folgt im nächsten Heft.)

II.

Nachträgliches über das Jus respondendi.

Von Puchta.

Blume hat in einem Nachtrag zu meinem Aufsaz über das Citirgesez meiner Ansicht seinen Beifall gegeben, aber die Modification derselben für nöthig erachtet, daß Papinian, Ulpian, Paulus und Modestinus förmlich die kaiserliche Autorisation erst durch jenes Gesez erlangt hätten, indem die Ertheilung des Jus respondendi zur Zeit dieser Juristen schon außer Gebrauch gewesen sei.

Durch diese Modification würde an meiner Ansicht nichts Wesentliches geändert werden; man hätte dann nur unter den Juristen, welche das Citirgesez bestätigt, solche zu unterscheiden, welche das Jus respondendi durch Rescript, und solche, die es durch die communis opinio erhielten, und auch hier wäre Gajus von den übrigen verschieden, indem er jene Autorität weder auf dem einen noch auf dem anderen Weg erlangt hätte, auf dem lezteren ohnedies nicht, da zu seiner Zeit, selbst nach Blume, der erstere der ausschließliche war.

Mir will es indessen noch immer scheinen, als sei zu dieser Modification kein Grund vorhanden.

Blume hat gegen meine Ansicht folgenden Einwand erhoben, von dem er eben glaubt, daß er nur durch jene

Modification beseitigt werden könne: sie seze voraus, daß das Autorisiren der Juristen gerade bis auf Modestinus üblich gewesen sei, und mit ihm aufgehört habe. Aber wenn selbst mit und nach Modestinus noch Personen gewesen wären, die sich das Recht zu respondiren verschafft hätten, so würde dies meiner Erklärung des Gesezes keinen Eintrag thun. Zwar sagt Blume: „hätte diese Sitte noch nach ihm bestanden, so müßten Theodos und Valentinian durch den stillschweigenden Widerruf aller später ertheilten Autoritäten auch derselben Unverständigkeit verdächtig werden, welche Justinian im Fall einer stillschweigenden Herstellung der älteren Autoritäten zur Last gefallen wäre." Allein dies ist nicht der Fall. Wenn zu Justinian's Zeit das Jus blos aus den Schriften von fünf Juristen bestand, und er verordnete die Verfertigung eines Codex iuris enucleati, wobei aber auch die ungültigen Schriften benuzt werden sollten, so mußte er dies schlechterdings ausdrüklich anordnen, wie er dies auch hinsichtlich der wirklich ungültigen notae ad Papinianum gethan hat. Der Geber des Citirgesezes dagegen konnte recht wohl stillschweigend die nach Modestin vorgekommenen Ertheilungen, wenn es überhaupt solche gab, wieder zurüknehmen und die Reihe der gültigen Juristen mit Modestinus schließen. Weder die Sache selbst (nemlich daß er einigen obscuren Schriftstellern die unverdienterweise erhaltene Autorität wieder entzog) könnte man unverständig nennen, noch daß er es stillschweigend that. Denn in dem Citirgesez wird ja nicht der Ausdruk gebraucht: die Juristen mit dem Jus respondendi sollten gelten, in welchem Fall freilich keine, die unter diese Rubrik fielen, stillschweigend hätten ausgeschlossen werden können. Sondern das Gesez drükt die Sache anders, nemlich durch theils specielles, theils generelles Aufzählen der gültigen Juristen selbst aus, und hier konnte der

Kaiser durch Zurükschiebung des Termins weglassen so viel er wollte, ohne daß einer seiner Richter dadurch in ein Misverständnis gerathen konnte.

Hiernach findet sich also ohnehin kein Bedenken bei dem in meiner Abhandlung S. 147. aufgestellten Saze: der Gesezgeber hatte die Absicht, den Gebrauch 1) der Schriftsteller nach Modestin, 2) der älteren nicht autorisirten, in den Gerichten auszuschließen. Aber wenn wir auch den Ausdruk noch mehr vereinfachen, und sagen, die Absicht sei auf die Ausschließung Aller gerichtet gewesen, die nicht entweder als ueteres oder seit August als gesezlich autorisirte auctores Gültigkeit hatten, so war es eine an sich indifferente Sache, wenn der Gesezgeber außer den nicht autorisirten noch einige autorisirte ausschloß, wie er dies durch die Wiederholung der Verordnung über die notae ad Papinianum hinsichtlich einiger Schriften wirklich that, und wie es auch durch die Erklärung des Modestinus als lezten gültigen Juristen geschehen wäre, wenn nach Modestinus noch Juristen mit dem Jus respondendi gelebt hätten.

Irgend einmal hat die Ertheilung dieses Rechts aufgehört; es kommt nur darauf an, zu untersuchen, welche Zeit des Aufhörens am wahrscheinlichsten zu machen ist. Wir finden von der Zeit Diocletians an keinen Juristen mehr erwähnt, der durch Schriften etwas Bedeutendes geleistet, und, was der Regel nach gewiß auch auf jene Ertheilung Einfluß hatte, durch öffentlichen Dienst sich ein gewisses Ansehen erworben hätte. Betrachtet man nun noch die Zahl der Kaiser, welche in dem Zeitraum von 49 Jahren seit Alexander bis Diocletian sich gleichsam überstürzend eine größtentheils ganz kurze, unruhige, unbefestigte Regierung führten, deren Zustand vollkommen geeignet war, unser Institut mit so vielen andern außer

Gebrauch zu bringen, selbst wenn dessen Bedingungen nicht so gänzlich gefehlt haben würden, so wird der, welcher die Aufhebung desselben in diesen Zeitraum fallen läßt, wohl keinen Vorwurf verdienen. Ob Modestinus übrigens wirklich gerade der lezte war, der das Recht erhalten hatte, oder ob noch später etwa ein Kaiser, der sich einer weniger tumultuarischen Regierung erfreute, jenen Gebrauch einmal wieder hervorholte, darauf kommt in der Hauptsache so wenig etwas an, als z. B. die Regierung Julians die Epoche des politischen Untergangs des Heidenthums verändert. Daher mag unter der νομοθετικη δυναμις, welche nach Eunapius ein gewisser Innocentius seiner Zeit erhalten haben soll, der auch Bücher in römischer und griechischer Sprache hinterlassen habe, immerhin das Jus respondendi zu verstehen sein, ohne daß daraus folgt, daß dieser Nachzügler sich dadurch an die unterbrochene Reihe der iuris auctores, die wir nach dem Vorgang des Citirgesezes mit Modestinus endigen, anschlösse. Mit welchem Recht übrigens Zimmern und Andere vor ihm die Ertheilung an jenen Innocentius in die Zeit Constantins sezen, ist mir nicht bekannt; er war der Großvater des Chrysanthius, der unter Julian schon ein sehr bejahrter Mann war, so daß jener am wahrscheinlichsten in die Zeit vor Constantin fällt.

Blume freilich führt diesen Innocentius nicht an, denn er meint nicht, daß die Ertheilung des Jus respondendi noch nach Modestinus fortgedauert, sondern vielmehr, daß sie schon vor Modestin, nemlich zur Zeit des Papinian und Ulpian aufgehört habe; diese Juristen selbst hätten jenes Recht nicht erhalten, es sei ihnen ebenfalls erst durch das Citirgesez nachträglich beigelegt worden.

Er leitet diese Behauptung durch die Bemerkung ein, daß das Autorisiren der Juristen ja schon durch Hadrian

wie Pomponius (L. 2. §. ult. de O. I.) ausdrüklich berichte, einmal außer Gebrauch gekommen, wenn es auch nachher, wie wir aus Gajus sehen, wieder eingeführt worden sei.

Wie das Rescript Hadrians an die um das Recht zu respondiren einkommenden uiri praetorii: hoc non peti sed praestari solere, et ideo si quis fiduciam sui haberet, delectari se, populo ad respondendum se praepararet, zu verstehen sei, darüber gibt es sehr verschiedene Meinungen. Eine von diesen, die früher gewöhnlichere, jezt aber so ziemlich außer Umlauf gesezte, ist die, welche Blume annimmt: Hadrian habe das Autorisiren, die specielle Ertheilung jenes Rechts abgeschafft. Die Ansicht dagegen, welche jezt die herschende genannt werden kann, ist (um sie mit Savigny's Worten auszudrücken) die: daß die Antwort blos als eine höfliche und freundliche Erklärung gegen jene Männer von Rang und Ansehen zu verstehen sei. Hiernach ist also jenes Rescript vielmehr gerade eine Ertheilung jenes Rechts, in einer Fassung, welche unter diesen Umständen, selbst wenn sie allgemeiner bekannt wurde, damals kein Misverständnis erzeugen konnte. Und bei genauer Betrachtung der Worte des Rescripts, und des Zusammenhanges, in welchem Pomponius es anführt, kann wohl kaum Anstand genommen werden, diese Interpretation für die richtige zu erklären.

Schon Hugo macht auf das Wort solere aufmerksam, welches zeigt, daß hier nichts geändert, sondern das Herkömmliche beibehalten werden sollte. Damit stimmt denn auch der Zusammenhang überein. Pomponius, nachdem er in der Aufzählung der Juristen bis auf Sabinus gekommen ist, erwähnt dessen Autorisation zum Respondiren. Dies veranlaßt ihn zu einer Parenthese über diesen Gegenstand, worin er sagt, diese Ertheilung des Jus

respondendi sei zuerst von August eingeführt worden, indem dieser verordnete, daß ex auctoritate principis respondirt werden solle, seit dieser Zeit habe das Ansuchen um jenes Recht begonnen. Ed ideo, fährt er fort, optimus Princeps Hadrianus, cum ab eo uiri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis etc. Gleich nach der Mittheilung des Rescripts nimmt er den Faden seines eigentlichen Berichts wieder auf: ergo Sabino concessum est a Tiberio etc. Mit dem Saze: et ideo etc. will Pomponius ein bestätigendes Beispiel aus der neueren Zeit geben (möglicherweise könnten die uiri praetorii Julian und er selbst gewesen sein), ein Beispiel entweder von einer Ertheilung des Rechts (wenn wir ideo auf rescripsit beziehen) — dann kann er ohnedies das Rescript nicht anders denn als eine wirkliche Ertheilung betrachtet haben; oder von einem Gesuch um Ertheilung (wenn wir ideo zu dem Zwischensaz nehmen) — aber auch hier wäre es ganz ungehörig gewesen, wenn er ein Gesuch allegirt hätte, das der Kaiser als unnöthig und aus diesem Grunde unstatthaft erklärte. Die einzige Möglichkeit, jene ältere Erklärung gegen dieses Argument zu retten, wäre, in die Wörtchen et ideo den prägnanten Sinn zu legen, daß Pomponius damit habe sagen wollen: eben deswegen, weil dieses bisher so war, ist es eine Aenderung dieses Gebrauchs, wenn Hadrian rescribirte rc. oder: dadurch fand sich eben Hadrian veranlaßt, dies durch sein Rescript abzuschaffen — einen Sinn, den nicht blos kein Leser für sehr zwekmäßig durch die von Pomponius gebrauchten Worte ausgedrükt finden würde, sondern der überdies durch das im Rescript gebrauchte Wort solere ausgeschlossen wird.

Wir gelangen nun zu der Behauptung, daß Papinian und Ulpian das Jus respondendi nicht erhalten haben, selbst. Blume sagt, sie hätten dieser Ertheilung bei ihrer

hohen Stellung im Staat nicht bedurft, allein dies könnte höchstens zur Erläuterung des Factums dienen, wenn dieses selbst erwiesen wäre, aber es kann nicht dieser Beweis selbst sein. Aber auch abgesehen davon ist dieser Grund höchst precär. Es ist ja ungleich wahrscheinlicher, daß diesen Männern ihr Ansehen als Juristen und Staatsmänner schon früher, ehe sie die höchste Stufe im Staat erreicht hatten, das Jus respondendi verschaffte, welches ein Jurist, während er in einer hohen Stelle sich befand, ohnehin nicht exercirte. Als Präfectus Prätorio wird freilich niemand das Jus respondendi erhalten haben, er bedurfte dessen so wenig, wie der Kaiser zu seinen Rescripten, und seine Erlasse als Präfect hatten eine größere Kraft, als die das Jus Resp. den Gutachten der Juristen verlieh. Dies meint indessen Blume nicht, doch ergibt sich daraus, was davon zu halten sei, daß sie auch die Ertheilung an Andere verhindert hätten, um dadurch diese nicht gewissermaßen zu ihres Gleichen zu machen, was an die bekannte Aeußerung des Caligula erinnert.

Wenn endlich Blume sich auf den Ausdruk: firmamus im Citirgesez beruft, der von Papinian rc. gebraucht wird, so enthält dieser, wie ich glaube, nicht, daß diesen Juristen „etwas gegeben werden soll, was sie bis dahin doch noch nicht ganz unbestritten hatten." Da der Gesezgeber die Absicht hatte, gewisse Juristen von der Autorität auszuschließen, so gebraucht er von denen, welchen sie nicht entzogen werden sollte, so gut wie von Gajus, dem er sie erst ertheilt, sehr natürlich den Ausdruk der Bestätigung. Man kann auch aus dem bey den älteren Juristen gebrauchten Wort ratam esse censemus, selbst wenn man die Worte so genau wägt, als es nur die höchste Classicität eines Autors fordern könnte, nicht schließen, daß der Kaiser hier eine Ertheilung des

J. R. ratihabire, dort dagegen den Ausdruk firmare gebrauche, weil jene es nicht durch Rescript erhalten hätten. Denn der Ausdruk Genehmigung bezieht sich bei den älteren Juristen darauf, daß das Kennzeichen ihrer Autorität das Citiren ihrer Werke durch die späteren sein soll; der Gesezgeber ratihabirt also nicht (nemlich der Sache nach, denn der Ausdruk ist ohnedies nicht darauf, sondern auf die scientia der Juristen gerichtet) das kaiserliche Rescript, wodurch ihnen das Recht der Responsa ertheilt worden war, sondern das Zeugnis der späteren Juristen, welche jene durch ihre Anführung als autorisirte anerkennen.

III.

Ueber den Einfluß der capitis deminutio des Patrons oder seiner Kinder auf ihr Intestaterbrecht *).

Vom Herrn Prof. Huschke in Breslau.

Unter dieser Ueberschrift habe ich in meinen Studien des Römischen Rechts Bd. 1. S. 121—133. einen Aufsaz abdrucken lassen, der zwar keine öffentliche Widerlegung erfahren hat, den ich aber in Folge wiederholter, durch Einwendungen eines Freundes veranlaßter Untersuchung selbst in mehreren Hauptpunkten für irrig erklären muß. Diese sind für den ganzen Gang der Untersuchung so einflußreich, daß ich es im Interesse der Wahrheit und des Lesers für das Gerathenste halte, sogleich eine Umarbeitung des ganzen Aufsazes zu liefern, ohne auf die Irrthümer des frühern einzeln einzugehn. Ich bitte daher, das Folgende, mit Ignorirung des Frühern als eine für sich bestehende Behandlung dieses Gegenstandes anzusehn.

In meinen „Beiträgen zur Erläuterung des Rechts der Succession in die Güter der Freigelassenen" (Studien

*) Nemlich nach dem Rechte vor der lex Iulia et Papia Poppaea. Denn daß die aus dieser lex oder spätern Verordnungen herrührenden Intestatansprüche durch cap. dem. nicht verloren gehn, versteht sich nach allgemeinen Regeln von selbst und ist auch nicht bestritten.

des R. R. S. 25 rc.) ist bei mehreren Gelegenheiten der Saz angewandt worden, daß die capitis deminutio des Freigelassenen oder des Patronatsberechtigten des Leztern civiles Intestaterbrecht und daher auch die darauf beruhenden b. possessiones ab intestato vernichte. Dieser Rechtssaz ist aber in seinen Anwendungen nichts weniger als unbestritten. Er soll daher gegenwärtig genauer untersucht, gegen die Zweifel der Neuern gerechtfertigt und dabei der Einfluß der cap. dem. noch von einer neuen Seite beleuchtet werden.

Der oben ausgesprochene Grundsaz selbst ist wohl über allen Zweifel erhoben, sobald man zugibt, daß der Patron nach Civilrecht zu seinem Freigelassenen sich ähnlich verhalte, wie ein consanguineus zu seiner Schwester, was bereits genauer nachgewiesen ist [1]) und von den Neuern wenigstens auf Auctorität einer Aeußerung von Justinian allgemein angenommen sein dürfte [2]). Denn da nun alles civile Erbrecht eben auf dieser Quasi-Agnation beruht und diese durch c. d. zerstört wird, so fällt durch diese nach Civilrecht aller Grund des Erbrechts, mithin auch dieses selbst hinweg; und da der Prätor in der Seitenlinie nicht ebenso wie in der agnatischen Descendenz die c. d. des Berufenen als nicht geschehn annimmt,

1) Studien des R. R. S. 95 rc. Dafür, daß das Verhältnis auch wirklich der Agnation und nicht etwa der Cognation zu vergleichen sei, bedarf es blos der Hinweisung auf das völlige Entsprechen der iusta manumissio und der procreatio ex iustis nuptiis, wodurch in beiden Fällen ein civilrechtliches Band der nachgeahmten oder wirklichen Verwandschaft erzeugt werden muß. Des äußerlichen Grundes nicht zu gedenken, daß das älteste Civilrecht überall nur civilrechtliche Verwandschaft bei Ertheilung von Rechten der Familie anerkennt und die zwölf Tafeln namentlich auch hier den Ausdruk familia gebrauchten. L. 195. §. 1. D. de V. S.

2) L. 4. med. C. de bon. libert. *ἐπειδὴ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερουμένων οἱ ἐλευθεροῦντες αὐτοὺς, διὰ τοῦτο καὶ καλοῦνται ἐκ τῆς νομίμου διακατοχῆς*, und nachher: *συγγενικῷ γὰρ δικαίῳ κληρονομοῦνται οἱ ἀπελεύθεροι.* Vgl. Schulting ad Paul. S. R. V, 15. §. 3. p. 488b. und ad Vlp. 11, 3. p. 595.

sondern hier lediglich die Civilerben beruft (b. p. unde legitimi) [3]) so kann auch nach prätorischem Rechte der Patron keinen Anspruch auf diese Classe machen. Doch muß noch ausdrüklich gleich hier die Folgerung hinzugefügt werden, daß, wenn die Patronatsberechtigten gleich einer agnatischen Seitenlinie succediren, der Grund ihres Intestaterbrechts auch lediglich in diesem rein persönlichen Verhältnisse zu suchen ist und nicht etwa so gedacht werden darf, als nähme der Patron nur vermöge Erbrechts das Gut vom Freigelassenen zurük, welches dieser, wenn ihm nicht die Wohlthat der Freilassung erwiesen worden wäre, als Sklav seinem Herrn erworben haben würde. Diese Ansicht ist sowohl damit, daß der Freigelassene eben so gut, wie ein erzeugtes Kind, völlig frei wird und daher alle sächliche Beziehung zu ihm aufhören muß, als auch mit der Natur der hereditas ab intestato, die stets eine wahre Fortentwickelung der Familie in der dem Vermögen zugewandten Seite derselben darstellt, unverträglich. Sie ist vielmehr das Princip der successio in bona Latini ex lege Iunia (wenn man diese eine successio nennen darf), bei welchem leztern die Fortdauer des ius Quiritium über ihn mit der civilen Freiheit auch die Möglichkeit einer vom Recht anzunehmenden Quasi-Agnation und folglich auch einer hereditas des Manumissors ausschließt, und Gajus weis't mehrere Anwendungen nach, in denen sich die Verschiedenheit des Princips der Beerbung eines ciuis Romanus libertus und der Hinnahme der bona Latini von Seiten des

3) Die Seiten-Agnaten, welche, indem sie nicht blos vermöge rechtlicher Annahme, sondern auch natürlich verwandt sind, nach der c. d. noch Cognaten bleiben — die Patronatsberechtigten also nicht auch — bekommen erst in der folgenden Classe unde cognati ihren Plaz. I. 5. D. unde cogn. §. 1. I. de success. cognat. Gai. 3, 27. Ulp. 28, 9.

Patrons als wichtig erweis't [4]). Gilt nun aber jenes Princip für die Erbfolge des Patrons selbst, so folgt, daß auch dessen Kinder nur nach Analogie des agnatischen Rechts entfernterer Seitenverwandten erben, und im Folgenden etwa sich entgegenstellende Schwierigkeiten schlechterdings nicht durch die Annahme beseitigt werden können, die Kinder des Patrons müßten bei ihrer Succession in das Vermögen des Freigelassenen zunächst nach dem Rechte beurtheilt werden, welches sie als Kinder im Vermögen ihres Vaters hätten, zu welchem Vermögen die bona liberti nur als ein Theil gehörten, und es wäre daher z. B. das Edict unde liberi mit seiner Gleichstellung der emancipati mit den sui, oder das Edict de coniungendis cum emancipato liberis, auch bei dieser Succession anzuwenden [5]).

Was sich nun so aus der Natur der Sache als nothwendig ergeben hat, das bestätigen auch unsere Quellen. Nicht nur wird anerkannt, daß die legitima hereditas des Patrons durch c. d. untergehe [6]), sondern der-

4) Gai. 3, 56 — 62. Eine Folge jener Verschiedenheit des ciuis Romanus und des Latinus libertus ist auch die, daß man zwar wohl den Freilasser des erstern patronus, den des leztern aber lieber mit einem natürlichen Ausdruk manumissor nennt. Denn patronus weis't auf ein civilrechtlich persönliches Verhältnis hin. Der Name libertus dagegen ist auch schon iuris gentium (L. 4. D. de instit. et iur.) und kann daher von Latinen gebraucht werden.

5) Diese Vorstellung findet sich bei Göschen in Hugo's Civil. Mag. Bd. 4. S. 294. und C. Witte de luctuos. hereditat. Vratislau. 1824. p. 15. — Anwendungen der gewöhnlichen Grundsäze der Agnatenerbfolge auf die der Patronatsberechtigten s. man in Gai. 3, 59-61. Ulp. 27, 2-4. Paul. S. R. III, 2. §. 1. 3. §. 3. I. de success. libert. L. 23. §. 1. 2. D. de bon. libert. L. 4. C. de bon. libert. post med. Außerdem vgl. man L. 4. D. de oper. libert. und L. 5. §. 1. D. de bon. libert.

6) Gai. 3, 51. Ulp. 27, 5. und daselbst Schulting Not. 7. gegen Cujacius in Not. 6. L. 2. §. 2. D. de bon. lib. L. 1. §. 8. L. 3. §. 4 u. 5. D. de assign. lib.

selbe Grundsaz auch für die b. p. unde legitimi theils überhaupt ausdrüklich ausgesprochen [7]), theils insbesondere auf den Patron stillschweigend angewandt [8]). Die Neuern dagegen bestreiten entweder überhaupt die zerstörende Einwirkung der c. d. auf den Patronat, selbst für die legitima hereditas, wie Cujacius [9]), oder sie nehmen eine solche blos für die hereditas, nicht aber auch für die b. p. unde legitimi an, wie Göschen [10]), oder sie unterscheiden zwischen Patron und dessen Kindern und behaupten für erstern ungeachtet der c. d. sowohl legitima hereditas als b. p. unde legitimi, für leztere aber, wenn sie emancipirt sind, wenigstens die b. p. [11]), oder

---

7) L. 1. D. Unde legit. — legitimum heredem, si capite deminutus esset, ab hac bonorum possessione summoueri, palam est. Vgl. L. 2. §. 1. eod. Haec autem bonorum possessio non tantum masculorum defertur, uerum etiam feminarum, nec tantum ingenuorum, uerum etiam libertinorum. Communis igitur est pluribus. nam et feminae possunt uel consanguineos uel agnatos habere: item libertini possunt patronos patronasque habere. S. auch L. 5. D. unde cognati.

8) Gai. 3, 51. — si uero uel huius (patronae) uel illius (libertae) capitis deminutio interueniat, rursus liberi libertae excludunt patronam, quia, legitimo iure capitis deminutione perempto, euenit, ut liberi libertae cognationis iure potiores habeantur. S. Studien S. 115. Daß in diesem Stücke die weiblichen Patronatsberechtigten, namentlich die patrona, ein anderes Recht gehabt hätten, als die männlichen, wird nicht leicht Jemand behaupten, da es hier blos auf ius legitimum aus den zwölf Tafeln ankommt.

9) Ad Ulp. 11, 9. und 27, 5. auch Obseru. 1, 38. Ihn verleitete das unrichtige Herüberziehn der Worte excepta tutela patronorum aus dem Schlusse des §. 8. im 11 Titel zum Anfange des §. 9., welcher so lautet: Legitima tutela capitis deminutione amittitur. Erst Hugo hat in seinen Ausgaben die richtige Abtheilung gemacht (vgl. Zimmern's Rechtsgeschichte §. 251. Not. 2. Bd. 1. S. 949.), obgleich schon Ian. a Costa ad tit. I. de legit. patron. tut. sie erkannt hatte.

10) In Hugo's Civilist. Magaz. Bd. 4. S. 294. Wenigstens behauptet er, daß die emancipirten Kinder des Patrons ebenfalls die b. p. unde legitimi gehabt hätten.

11) So Witte in der oben Not. (5) angeführten Stelle.

endlich sie erkennen zwar die Richtigkeit des oben entwickelten Grundsazes für die Civilerbschaft unbedingt an und geben hinsichtlich der b. p. unde legitimi im Allgemeinen auch wohl zu, daß die Patronatsberechtigten ihrer durch eine erlittene c. d. verlustig gehen, behaupten aber zugleich, daß die Römer diesen Grundsaz nicht immer streng durchgeführt, sondern sich hie und da durch ein gewisses Billigkeitsgefühl zu Abweichungen hätten bestimmen lassen [12]).

Da nun sowohl die Natur der Sache als die allgemeinen unsern Fall betreffenden Stellen so deutlich sprechen, so läßt sich wohl erwarten, daß nicht bloßer Mangel an Einsicht in die oben dargestellten Rechtsgrundsäze an jenen Abstimmigkeiten Schuld sei. Es sind dieses vielmehr einige Fälle, in denen die Römischen Juristen dem Patron oder dessen Kindern ungeachtet der erlittenen c. d. allerdings ein prätorisches Intestaterbrecht, und zwar nicht in der Classe unde cognati manumissoris, sondern dem Anschein nach in der Classe unde legitimi zuschreiben. Ehe wir sie durchnehmen, wollen wir den Grund aufsuchen, aus welchem diese scheinbaren Abweichungen hervorgehn mußten und wodurch sie zugleich ihre nähere Bestimmung erhalten werden.

Bei der Ertheilung von bonorum possessiones macht der Prätor zwischen den Patronatsberechtigten und Agnaten den bemerkenswerthen, aber sehr natürlichen Unterschied, daß er jenen auch gegen das Civilrecht eine b. p. ertheilt, diesen nicht. Denn bekanntlich gibt er jenen wenigstens auf einen Theil der Erbschaft eine b. p. in solchen Fällen, wo nach Civilrecht entweder Testaments-

12) Diese der Wahrheit am nächsten kommende Meinung hat Unterholzner in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. V. S. 49., wo die Hauptsäze über die Civilerbschaft sehr klar entwickelt sind, und S. 56 ꝛc.

erbfolge der eingesezten Erben oder Intestaterbfolge der sui non naturales eintreten sollte — im ersten Falle die contra tabulas, in diesem die contra suos non naturales dimidiae partis b. p. Beide stehn den Agnaten nicht zu. Sehr natürlich nenne ich diesen Unterschied, weil er aus der Natur des Patronatverhältnisses unmittelbar hervorgeht, wie aus Folgendem erhellen wird. Wenn es wahr ist, was ich in den früher gedachten Beiträgen erwiesen zu haben glaube, daß durch die Freilassung gleichsam ein geschwisterliches Verhältnis zwischen Patron und Freigelassenem entsteht, in welchem aber lezterer, als aus der Unterwerfung in der Familie hervorgegangen, dem Stande nach untergeordnet und zugleich ein Schuzkind des erstern ist, so muß dieses Verhältnis in Beziehung auf das Vermögen des Freigelassenen, sobald dieser durch Undankbarkeit des Geschenks der Freiheit sich unwürdig macht, eine natürliche Obligation auf die Hälfte desselben gegen den Patron hervorbringen. Daher denn auch, wenn der Patron bei der Freilassung sich ausbedingt, daß er vom Freigelassenen auf den Fall der Undankbarkeit als sein socius omnium bonorum zugelassen werde, dieses eine gültige Societät ist, obgleich der Patron nichts zu derselben beizutragen scheint; denn eigentlich hat der Patron das selbst, daß der Freigelassene überhaupt Vermögen haben könne, durch die Manumission contribuirt [15]). Diese natürliche Schuld des Freigelassenen nun verwandelte späterhin der Prätor, indem er zugleich die Klage aus einer etwa abgeschlossenen Societät durch eine Exception zu entkräften versprach [14]), für die

13) Aehnliche Fälle der Societät siehe in Leon. Nou. 103., welche man gewöhnlich so ganz misversteht, und bei Cic. pro Rosc. Com. 10. Vgl. auch L. 1. C. pro soc. §. 2. I. de societ. L. 52. §. 2. D. pro soc.

14) L. 1. §. 7. D. Quar. rer. actio non dat. Der Grund diese Societät zu verwerfen, war wohl der, daß in ihr eine Be=

beiden Fälle von Undankbarkeit, welche von Todeswegen allein von Einflus sein konnten, d. h. wenn der Freigelassene durch Testament oder sui non naturales dem Patron sein gesezliches Erbrecht genommen hatte, in eine dimidiae partis b. p., welche daher nach diesem ihrem Ursprunge sich dadurch von den gewöhnlichen b. possessiones unterschied, daß sie nicht so, wie diese, zunächst eine an die civilrechtlichen Gründe sich anschließende Bestimmung eines prätorischen Nachfolgers im Vermögen bezwekte, sondern auf der natürlichen Verpflichtung des Freigelassenen zur Dankbarkeit oder, auf Seiten des Patrons, auf seinem Schmerze über die erfahrene pflichtwidrige Hintansezung beruhte; daher sie eben so wenig, wie andere durch natürliche Verhältnisse begründete Ansprüche, z. B. beim Freigelassenen selbst Alles, was aus dem obsequium et reuerentia patrono praestanda herfließt [15]), durch c. d. des einen oder anderen Theiles verloren ging [16]). — Bei der Agnation nun, welche in einem rein geschlechtlichen und auf beiden Seiten gleichartigen Verhältnisse besteht, findet sich eine solche natürliche Verpflichtung zur Dankbarkeit nicht; daher auch die auf

---

schränkung der persönlichen Freiheit selbst zu liegen schien. Daher ist die dimidiae partis b. p. wahrscheinlich erst zu einer Zeit aufgekommen, wo die Freiheit des einzelnen Römischen Bürgers die höchste Stufe ihrer Geltung, selbst in den untersten Classen, erstiegen hatte, d. h. in den lezten Decennien der freien Republik.

15) L. 10. §. 2. D. de in ius uoc.

16) L. 3. §. 7. L. 5. §. 1. L. 11. 12. §. 7. L. 13. in fin. L. 16. §. 4. L. 38. pr. 39. 42. pr. 50. §. 5. D. de bon. libert. L. 9. pr. 21. pr. D. de iur. patron. L. 1. §. 2. D. si a parente quis manum. Auch führen die Alten selbst diese b. p. auf die Ehrerbietung zurük, welche der Freigelassene dem Patron zu erweisen schuldig sei. L. 1. pr. D. de bon. libert. Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. Das alte pactum societatis lautete (L. 1. §. 1. eod.): ut nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus. Vgl. L. 8. §. 3. eod.

ihr beruhende b. possessio ab intestato der schädlichen Einwirkung der c. d. nicht widerstehn kann. Wollte man sich übrigens aber die Kraft des besonderen Schuzes, den jene dimidiae partis b. p. genießt, mit einem Beispiele aus der Erbfolge der ingenui verdeutlichen, so könnte man das Verhältnis des Freigelassenen zum Patron mit dem Familienkindesverhältnisse vergleichen, welches der Prätor auch durch die den Kindern (sowohl emancipatis als suis) versprochene b. p. contra tabulas und unde liberi gegen Misbrauch der väterlichen Gewalt (Präterition und Emancipation) schüzt und wo der natürliche Anspruch auf das Vermögen in dem Familienkindesverhältnisse selbst liegt. Nur liegt darin eine Grundverschiedenheit, daß diese b. p. c. t. oder unde liberi unmittelbar eine rein persönliche, auf gewöhnliches prätorisches Erbrecht begründete b. p. ist und daher eben so einen Anspruch auf das ganze Vermögen gibt, wie ihn jeder Erbe an sich hat, wogegen die dimidiae partis b. p. als Stellvertreterin der alten societas totorum bonorum zunächst aus einem sächlichen Anspruch herfließt und daher, wie dieser ursprünglich, nothwendig blos auf die Hälfte geht, ohne daß je ein ius accrescendi eintreten könnte [17]).

Nun fragt es sich aber, von welcher Natur diese dimidiae partis b. p. eigentlich sei und welches Recht sie dem Patron gebe? Es lassen sich zwei Hauptansichten denken. Entweder man sieht die dimidia pars blos als eine Schuld des eingesezten Erben oder des suus non naturalis an und behandelt den Patron ähnlich wie den legatarius partiarius oder wie den Universalfideicommissar,

17) L. 6. pr. D. de bon. poss. Ebendaher wird auch durch das Eintreten dieser dimidiae partis b. p. des Patrons nicht auch für den eingesezten Erben die c. t. b. p. committirt, sondern dieser behält die s. t. b. p. L. 6. pr. D. de B. P. L. 3. §. 5. D. de bon. libert. Witte l. l. p. 24.

dem nach altem Rechte ad exemplum uenditae hereditatis sein Theil restituirt wurde [18]; oder man denkt ihn sich als wirklichen prätorischen Universalsuccessor, der das Erbrecht des institutus formell wie materiell auf die Hälfte vermindert und für seine Hälfte den Gläubigern der Erbschaft verantwortlich wird. Für die erste Meinung, welche Witte annimmt [19], sind einige Stellen angeführt worden; auch könnte der Ursprung dieser b. p. dafür zu sprechen scheinen. Dennoch halte ich die zweite für die richtige. Nicht nur bringt es die Natur der b. p. überhaupt — und daß die dimidiae partis b. p. dieser folge, zeigt die Gleichheit des Namens und aller formellen Rechtsgrundsäze — nothwendig mit sich, daß sie eine wahrhafte Universalsuccession enthalte [20], sondern es zeugen auch mehrere Aeußerungen der Römischen Juristen wenigstens indirect dafür. So lange dem Patron die dimidiae partis b. p. zusteht, sagt Julian in L. 25. de bon. lib., wird den Erbschaftsschuldnern gegen den sie belangenden Erben die Einrede gegeben: si non in ea

18) Gai. 2, 251. 252. 254. nebst den daselbst von Göschen citirten Stellen.

19) Witte de luctuos. heredit. p. 24.

20) L. 1. 2. 3. pr. D. de bon. poss. L. 117. D. de R. I. — Die L. 36. D. de bon. libert. wird man nicht für das Gegentheil anführen wollen. Denn in den Worten: quamuis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii eius excedat und in dem Schlusse: cum eo ipso sufficere patrimonium uideri possit, quod et heredem habeat et bonorum possessorem, liegt vielmehr ein Argument für das Gegentheil. Im Uebrigen würde die dort behandelte Frage eben so bei der inofficiosi querela aufgeworfen werden können, von der Niemand bezweifelt, daß sie Erbrecht gibt. — Man denke auch an den Unterschied dieser b. p. von der quarta D. Pii; leztere beruht wirklich auf einer Obligation, es wird aber auch ausdrüklich gesagt, daß der impubes weder heres noch b. possessor sei, und daß er eben so nur eine quasi Fauiana und Caluisiana wie eine utilis familiae erciscundae actio habe. L. 1. §. 21. D. de collat. bon. L. 2. §. 1. D. famil. ercisc. L. ult. D. si quid in fraud. patr. Die Klage wegen der Quarta kommt bekanntlich aus der bei der Arrogation abzuschliessenden Stipulation her.

causa sit patronus, ut b. possessionem pro parte debita contra tabulas petere possit, zum offenbaren Beweise, daß der Patron durch die b. p. als eine Universalsuccession ohne Weiteres Gläubiger der Erbschaftsschuldner wird. Nach L. 16. §. 10. eod. soll, wenn ein (z. B. nur auf ein Viertheil) eingesezter Patron die c. t. b. p. verlangt hat, seinem Substituten die Erbschaftsklage für den Theil, dessen Besiz dem Patron gegeben ist, versagt werden. Dieses könnte ebenfalls nicht geschehen, wenn nicht der Patron eben so wie der gewöhnliche b. possessor, das prätorische Erbrecht selbst erhielte; denn auch dem Fiduciar werden nur, wenn er ex SC. Trebelliano restituirt und damit den Fideicommissar mit Erbrecht versehen hat, die Klagen verweigert. Mehrere Stellen reden ausdrüklich davon, daß der Patron den eingesezten Erben eine pars ihres Erbtheiles entziehe [21]), womit doch auch ein prätorisches Miterbenrecht auf das deutlichste ausgesprochen ist. Andere Stellen erwähnen wenigstens diese dimidiae partis b. p. neben der gewöhnlichen b. p. oder der Erbschaft auf solche Weise, daß man offenbar sieht, beide werden einander der Sache nach gleichgestellt [22]).

Die für das Gegentheil angeführten Stellen widersprechen diesem auch keinesweges. L. 4. C. de bon. libert. enthält gar nichts Bestimmtes für die eine oder andere Meinung. In L. 3. §. 20. D. eod. heist es zwar: der Pflichttheil komme dem Patron von dem zu, was der Freigelassene zur Zeit seines Todes gehabt oder betrüglich zu haben aufgehört habe. Aber hier ist, wie der Zusammenhang lehrt, nicht von den Wirkungen der b. p. die Rede, sondern von den Legaten oder sonstigen

21) L. 16. §. 11. L. 41. 43. D. de bon. lib.

22) Gai. 3, 48. L. 3. §. 2. D. si quid in fraud. patron.

Zuwendungen, welche der Patron sich einrechnen lassen muß, und wenn es sich rüksichtlich dieser fragt, ob sie bedeutend genug sind, um die b. p. auszuschließen, dann tritt jene Berechnung ein. Eben so spricht auch L. 44. §. 2. eod. blos von der Berechnung des Vermögens rüksichtlich der imputanda.

Was aber den Ursprung dieser b. p. betrifft, so ist zwar die alte societatis actio deren Veranlassung, bestimmt aber nicht auch ihre Natur. Dieses erhellt schon daraus, daß man späterhin die societas totorum bonorum als eine sächliche Beschränkung der Freiheit verwarf und die dimidiae partis b. p. an ihre Stelle sezte, die also nicht an demselben Fehler leiden konnte, sondern persönlicher, mithin erbrechtlicher Natur sein mußte. Dieselbe Erhebung des patronatischen Anspruchs aus der sächlichen zu der persönlich=erbrechtlichen Form geht aber auch daraus hervor, daß dem Patron nun nicht mehr auf den Fall der individuellen Undankbarkeit des Freigelassenen (die auf Einer Stufe mit Geschäften und Erwerbe inter uiuos steht), sondern im Verhältnisse der sachenrechtlichen Fortentwikelung seiner familia, auf Einer Stufe mit dem Erwerbe der heredes ex testamento oder der sui (non naturales) heredes ab intestato, gegeben wurde. Endlich führt auch die Natur des Patronatverhältnisses selbst darauf. Denn wenn auch der Grund des patronatischen Anspruchs in der Freilassung, mithin in einem frühern Eigenthumsrechte liegt, so ist doch nach geschehener Freilassung, wie auch oben schon bemerkt wurde, der Anspruch selbst nur als persönlicher, in einem Erbrecht auszudrückender, denkbar.

Steht demnach fest, daß die dimidiae partis b. p. wahrhaftes prätorisches Erbrecht gibt, so kann ferner auch

nicht bezweifelt werden, daß dieses, abgesehn von der Form, in welcher es auftritt, auf Seiten des Patrons ein Intestaterbrecht ist, ähnlich dem Pflichttheilsrechte, welches durch die querela inofficiosi testamenti geltend gemacht wird. Hierdurch kommen wir aber zu dem wichtigen Resultat, daß der Prätor durch diese b. p. im Patron mittelbar ein natürliches, von seiner c. d. nicht zu zerstörendes Intestaterbrecht anerkennt. In die regelmäßige Reihe der b. possessiones ab intestato gehört sie nicht; denn wie der Prätor sie ausspricht, tritt sie entweder dem gültigen Testament, oder dem regelmäßigen, auch vom Prätor anerkannten Intestaterbrecht entgegen[23]) und weicht auch darin von dem lezteren ab, daß sie nothwendig nur auf einen Theil geht. Daher kann sie ex edicto (de bonis libertorum) niemals als gewöhnliche b. p. ab intestato vorkommen. Aber in dem Princip, von welchem der Prätor stillschweigend in jenem Edict ausgeht, liegt doch die Anerkennung eines Intestaterbrechts und im geeigneten Falle muß dieser implicite aufgestellte Grundsaz durch Decrete zu wirklichen b. possessiones ab intestato sich entwickeln.

Nur zwei Fragen sind dabei noch zu beantworten. Erstens: welche Kraft hat dieses Intestaterbrecht, oder mit andern Worten, welcher Classe in der Reihefolge der gewöhnlichen b. possessiones ab intestato steht es gleich? und zweitens: umfaßt es immer nur die Hälfte, wie in den ausgesprochenen beiden Gestalten der c. t. und c. s. n. n. b. p., oder geht es gegen minder Berechtigte auf die ganze Erbschaft?

---

23) Denn unde liberi beruft der Prätor auch die non naturales (L. 1. §. 6. D. unde liberi) und jene Classe geht nach der regelmäßigen Folge der Classe unde legitimi schlechthin vor.

Hinsichtlich der ersten Frage hätten wir an sich die Wahl zwischen den Classen unde legitimi, tamquam ex familia und unde cognati manumissoris. Es fällt aber in die Augen, daß blos die erste Classe hieher paßt, weil blos diese dem Patron und dessen Kindern, d. h. den Personen, welchen der Prätor diese dimidiae partis b. p. verheißt, eigen ist. Auch führt darauf der Umstand, daß, wenn der Prätor in dem Patron überhaupt ein Recht anerkennt, er doch zunächst von der Regel ausgehn muß, d. h. von dem Zustande und der Berechtigung desselben, worin er ohne c. d. sich befindet. Daß man aber nicht etwa sagen könne, ohne c. d. werde dem Patron das Recht, welches er unde legitimi habe, mit derselben das der siebenten Classe gewährt, folgt daraus, daß der Prätor ohne alle Rüksicht auf c. d. dasselbe Recht dem Patron überhaupt ertheilt und dieses nicht etwa für den patronus c. deminutus durch einen Cognaten des Freigelassenen oder durch Personen der vierten bis sechsten Classe verloren geht.

Was die zweite Frage betrift, so könnte man zunächst sich zu der Annahme geneigt fühlen, auch da, wo unser Edict nicht c. t. oder c. s. n. n. zur Anwendung komme, sei das prätorische Versprechen stets auf die Hälfte beschränkt, theils weil der in jenen Fällen ausdrüklich ausgesprochene Wille auch für die nicht besonders erwähnten Fälle gelten müsse, theils weil der Ursprung dieser b. p. aus der societas totorum bonorum darauf führe. Dennoch halte ich mich jezt vom Gegentheil überzeugt. Offenbar nemlich bezieht sich die Beschränkung auf die Hälfte in jenen beiden Fällen auf den eigenthümlichen Kampf, in welchen hier die dem Patron gebührende natürliche Ehrerbietung mit dem an sich bessern Rechte der eigentlichen Erben tritt, ein Kampf, den der Prätor,

ähnlich wie das Civilrecht selbst in dem Fall übergangener suae dahin schlichtete, daß er beiden Momenten gleiche Bedeutung ließ und so den Patron auf die Hälfte berief. Da nun in Ermangelung von eingesezten Erben oder sui heredes non naturales jener Conflict wegfällt und zu der natürlichen Forderung des Patrons auch das regelmäßige Intestaterbrecht hinzutritt, so muß er von hier an in solidum zugelassen werden. Auch wird dieses durch die Bezugnahme auf die frühere societas bonorum nicht nur nicht entkräftet, sondern vielmehr bestätigt. Denn diese ist nur gegen die freigewordene Familie des libertus selbst gerichtet; ihr entspricht also unsere b. p. nur in dem Falle, wo der Freigelassene entweder selbst sich einen Erben ernennt und so civilrechtlich seine sächliche familia erhalten hat, oder wo durch Annahme von sui sein Stamm fortgesezt wird. Ueber diese beiden Fälle hinaus tritt der rein erbrechtliche Gesichtspunkt ein, welcher von selbst eine Berufung zum ganzen Nachlaß mit sich bringt. Auch haben wir noch eine Stelle übrig, welche ausdrüklich bezeugt, daß in dem Falle, wo der eingesezte Erbe zwar die hereditas angetreten, aber die b. p. nicht verlangt hatte, der Prätor dem Patron außer der schon ertheilten dimidiae partis c. t. b. p. noch auf den übrigen Theil und somit zusammen für die ganze Erbschaft die b. p. versprach [24]), ein sicherer Beweis, daß jene Beschränkung auf die Hälfte nur durch das Verhältnis zu einem vorhandenen s. t. b. possessor bestimmt war.

Unser Resultat wäre also: daß zwar aus dem Edict unde legitimi niemals der patronus c. deminutus eine

---

24) L. 6. pr. D. de B. P. Davon, daß der eingesezte Erbe die hereditas angetreten habe, sagt die Stelle nichts. Es folgt aber daraus, daß der Patron schon contra tabulas b. p. verlangt haben soll, welches nicht möglich ist vor Antretung der Erbschaft.

b. p. verlangen kann, wohl aber nach dem Princip des Edicts de bonis libertorum ihm eine solche eben so verwilligt werden muß, als wäre er legitimus geblieben.

Es sind nun noch die einzelnen Anwendungen dieses Grundsazes durchzugehn und dabei zugleich das Verhältnis genauer zu entwickeln, in welchem dieses Intestaterbrecht des Patrons oder seiner Kinder zu andern regelmäßigen Intestaterbrechten steht. Beides werden wir an die Interpretation der Stellen anknüpfen, welche sich aus dem entwickelten Grundsaz erläutern.

Die allgemeinste Stelle ist L. 23. pr. D. de bon. libert. aus Julians lib. 27. Digestorum.

Si libertus, praeterito patrono, extraneum instituerit heredem, et patronus, antequam contra tabulas bonorum possessionem petierit, in adoptionem se dederit, deinde scriptus omiserit hereditatem, patronus totorum bonorum [25]) liberti possessionem ut legitimus petere potest.

Der Jurist spricht hier den einfachen Grundsaz aus, daß, wenn ein Freigelassener mit Uebergehung des Patrons einen Fremden eingesezt und der Patron, ehe er die c. t. b. p. verlangt, eine c. d. erlitten hat, der leztere nach Ausschlagung der Erbschaft von Seiten des eingesezten Erben, eben so wie ein legitimus, eine totorum bonorum possessio verlangen könne. Diese b. p. ist offenbar ab intestato, weil das Testament durch Destitution rük-

25) Gothofredus bemerkt zu diesen Worten: Al. certae partis bonorum. Schwerlich existirt diese Lesart in einer Handschrift oder einem Drucke, sondern ist eine Conjectur, daher entstanden, daß Jemand, vielleicht Gothofredus selbst, diese Stelle mit L. 6. pr. D. de bon. poss., auf welche er sich beruft, nicht zu vereinigen wußte.

wärts vernichtet ist [26]), sie steht aber nicht aus dem Edict über die gewöhnliche Reihenfolge der b. p. ab intestato zu, sondern aus dem Edict de bonis libertorum. Beides deutet der Jurist an, lezteres dadurch, daß er auf totorum b. p. einen so besondern Nachdruk legt, denn dieses soll sagen, daß hier die ausdrüklich versprochene dimidiae partis b. p. sich stillschweigend nach Lage des Falles in eine gewöhnliche b. p. verwandele, ersteres dadurch, daß er den Grund dieser b. p. auf die Classe unde legitimi zurükführt. Wohlbedächtig sagt er aber nicht: unde legitimi, sondern: ut legitimus, denn jenes würde die unrichtige Vorstellung gegeben haben, daß diese b. p. ex ea parte edicti, unde legitimi uocantur, herrühre, während dieses nur anzeigt, daß der Prätor in dem Edict de bonis libertorum den Anspruch des Patrons auf das Vermögen des Freigelassenen eben so anerkennt, wie bei dem emancipatus, d. h. rescissa c. d. (L. 6. §. 1. D. de B. P.).

Daß man nun weder mit von Löhr [27]) ein non in diese Stelle einzuschieben, noch mit Förster [28]) die Worte ut legitimus für untergeschoben zu halten braucht, welches beides vielmehr dem Gedankengange des Juristen etwas Wesentliches entziehn würde, wird jedem von selbst einleuchten. Unterholzner hat die Stelle so verstanden. In diesem Falle, sagt er, war dem Patron durch die Existenz des Testaments die c. t. b. p. deferirt und diese blieb ihm troz seiner c. d. deferirt, weil der Prätor auf

26) Man verwechsele diesen Fall ja nicht mit dem der L. 6. pr. D. de B. P., wo der Patron zwar auch nach und nach totorum b. p. erhält, aber, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat, beide Male contra tabulas.

27) In seinem und von Grolman's Magazin. B. III. S. 272. Anmerk. 6.

28) Zeitschrift f. gesch. R.-Wissensch. B. V. S. 61. Anm. 14.

leztere bei dieser b. p. nicht Rüksicht nimmt. Nachher schlug nun freilich der Erbe aus und machte das Testament destitut. Allein dadurch konnte die c. t. b. p., welche einmal zur Zeit des Todes begründet war, nicht wieder aufgehoben werden, indem ja die Rechte, welche in Beziehung auf einen Nachlaß deferirt werden, sich immer nach dem Augenblicke des Todes richten, ohne daß spätere Ereignisse etwas darin ändern können. Folglich blieb auch jezt dem Patron noch seine c. t. b. p. Weil aber inzwischen der Erbe ausgefallen war, so ging sie nun nicht mehr blos auf die Hälfte, sondern die andere Hälfte accrescirte auch und er bekam die ganze Erbschaft, ebenso als wenn er als legitimus geerbt hätte (ut legitimus). — Diese Erklärung empfiehlt sich auf den ersten Blik durch Einfachheit, aber sie ist unrichtig aus dem einzigen Grunde, daß die c. t. b. p. nicht anders und nicht eher deferirt wird, als wenn der fremde Erbe die Erbschaft angetreten hat [29]). Folglich konnte in diesem Falle der Patron auf keine Weise eine c. t. b. p. verlangen [30]).

Wir fügen nun noch die zwiefache Bemerkung hinzu, daß die Entscheidung des Juristen offenbar eben so ausgefallen sein würde, wenn der Freigelassene statt eines nachher ungültig gewordenen Testaments gar keines hinterlassen hätte [31]), weil im einen wie im andern Falle

---

29) L. 3. §. 5. 12. D. de bon. libert. L. 4. pr. D. de b. p. c. t.

30) Unsere Stelle, so wie unsere ganze Frage behandelt auch Ian. a Costa ad §. 4. I. quib. mod. tut. fin. Aber er sagt blos, der Prätor schüze den patronus c. d. in der gesezlichen Erbschaft, ohne sich auf die Begründung näher einzulassen. Eben so Schulting ad Ulp. tit. 11. not. 27.

31) Jenen Fall sezt der Jurist nur deshalb voraus, weil er zeigen wollte, wie derjenige, welcher blos eine dimidiae partis c. t. b. p. gehoft und mit Rüksicht darauf die c. d. nicht gescheut hatte, doch noch eben so, als wäre die c. d. nicht vorgefallen, die ganze Erbschaft bekommen könne. In dem liber 27, woraus unser

auf gleiche Weise Intestaterbfolge eintritt, und daß, indem der Jurist nichts davon sagt, ob außer dem Patron noch andere in spätern Classen zur Intestaterbfolge berechtigte Personen vorhanden gewesen seien, dieser Umstand gleichgültig gewesen, mithin der Patron jedenfalls den einzigen und ausschließlichen Anspruch auf die b. p. gehabt haben muß [31 *]).

Eine andere Stelle aus Pomponius lib. 4. ad Sabinum L. 2. §. 2. D. de bon. libert. gibt uns einen Fall, in welchem das prätorische Intestaterbrecht des capite deminuirten Patronatsberechtigten bestimmt auf das Edict über die c. t. b. p. zurükgeführt, zugleich aber in einer eigenen Collision mit gewöhnlicher Intestatberechtigung gezeigt wird.

> Si filius emancipatus nepotem in potestate aui reliquisset, bonorum possessionem partis dimidiae dandam ei filio intestati liberti, quamuis iure ipso legitima hereditas ad nepotem pertineat: quia et contra tabulas eius liberti et filio potius bonorum possessio partis debitae daretur.

Fragment entnommen ist, handelte Julian schon von der b. p. ab intestato, wie nicht nur aus §. 1 und 2. derselben L. 23., sondern auch aus L. 21. D. si quis omissa caus. testam. L. 2. D. si tabul. testam. nullae exst. L. 1. 4. D. unde legit. L. 22. D. de bon. libert. und L. 3. D. unde cognati hervorgeht. Von der c. t. b. p. des Patrons war bereits lib. 25 und 26. die Rede gewesen. L. 20. D. de bon. libert. L. 11. 13. 21. eod. L. 1. §. 6. L. 6. 8. D. si quid in fraud. patr.

31 *) Dem widerspricht auch nicht Gai. 3, 51. (vgl. oben Not. 8.), wonach die Kinder der liberta cognationis iure potiores sein sollen, als die patrona c. d. Denn der patrona versprach der Prätor die dimidiae partis b. p. überhaupt nicht (Gai. 3, 49. Ulp. 29, 6.); mithin hatte sie auch das von der c. d. unzerstörliche Intestaterbrecht des Patrons nicht, wurde vielmehr erst in der siebenten Classe berufen und daher von den Kindern der liberta in der dritten ausgeschlossen.

Wenn wir vorhin dem patronus c. d. einen Anspruch auf den Besiz des ganzen Nachlasses zuerkannten, so geschah dieses mit der ausdrüklichen Voraussezung, daß die außerdem vielleicht noch vorhandenen zur Beerbung fähigen Personen ein schlechteres Recht hätten als er. Wie aber, wenn sie mit ihm gleich berechtigt, d. h. in der Classe unde legitimi berufen sind und folglich auch iure legitimo Erben werden können? Wir antworten: Da der Prätor dem capite deminutus zwar vollkommen das Recht eines legitimus geben, keineswegs aber ihn dem legitimus vorziehn will, so werden in einem solchen Falle beide gleiche Ansprüche haben. Wäre also ein Sklav von zwei oder drei Herren manumittirt worden, so würde nach dem Tode des Freigelassenen der eine Patron, welcher c. d. erlitten, aus dem Edict de bonis libertorum eine dimidiae oder tertiae partis b. p. ab intestato, der andere oder jeder der andern die b. p. unde legitimi ebenfalls auf die Hälfte oder ein Drittel erhalten und damit zugleich heres sein. Mehr Schwierigkeit scheint dagegen der Fall zu machen, von dem unsere Stelle handelt, wo in derselben Familie in verschiedenen Graden Patronatsberechtigte vorhanden sind, von denen der nähere eine c. d. erlitten hat. Wenn ein verstorbener Freigelassener in der Familie seines Patrons einen emancipirten Sohn und von diesem einen in der Gewalt gebliebenen Enkel hinterlassen hat, so muß, behauptet Pomponius, dem Sohne eine intestati b. p. auf die Hälfte gegeben werden, obgleich die gesezliche Erbschaft dem Enkel gehört; denn selbst contra tabulas würde ja dem Sohne und zwar diesem vor dem Enkel, die b. p. auf den Pflichttheil gegeben werden. Wie ist diese Entscheidung und der dafür angeführte Grund zu verstehn? Offenbar nach folgender Auffassung der Sache. In dem Edict de bonis libertorum zieht der Prätor ohne Rüksicht auf c. d.

den Patron dem civilrechtlichen Anspruch des institutus und des suus non naturalis auf die Hälfte vor und erkennt damit in ihm eine dem an sich bessern Civilrecht derogirende natürliche Intestatberechtigung desselben an. Wenn nun der Freigelassene mit Hinterlassung mehrerer Glieder der Familie des Patrons ab intestato stirbt, und es ist unter diesen keine c. d. vorgefallen, so entscheidet freilich rein das gewöhnliche Intestaterbrecht (edictum unde legitimi), weil der Prätor in dem Edict de bonis libertorum nur von diesem ausging, und das einzige Eigenthümliche des leztern, die Nichtberüksichtigung der c. d. hier nicht zur Anwendung kommt. Wenn aber eine c. d. vorgefallen ist und der c. deminutus dem Grade nach so nahe steht, daß er nach jenem Edict allerdings c. t. berufen wäre, so muß er auch jezt aus dem Grunde desselben Edicts ab intestato gegen die regelmäßigen Intestaterben auf dieselbe Portion berufen sein, weil der Anspruch des c. deminutus gegen diese leztern, welche von dem Testamentserben ausgeschlossen sein würden, doch nicht weniger stark sein kann, als der gegen den Testamentserben, welcher jene regelmäßigen Intestaterben ausschließt, gegen welchen aber der c. deminutus die dimidiae partis b. p. hat. Mit andern Worten: Obgleich das Edict de bonis libertorum ausdrüklich nur c. t. und ab intestato gegen die sui non naturales die dimidiae partis b. p. gibt, so liegt doch in seiner ratio, daß dieselbe dimidiae partis b. p. in dem Falle, wo dem capite deminuirten Patronatsberechtigten andere iure legitimo Berechtigte entgegentreten, welche er im Falle der c. t. b. p. ausgeschlossen haben würde, ihm gleichsam contra legitimos gegeben werden müsse. Jenes Edict tritt hier ebenso stillschweigend mit dem über die b. p. unde legitimi in Kampf, wie dieser Kampf gegen das Edict über die c. t. b. p. und die b. p. unde liberi in ihm ausgesprochen

ist. Nach dieser Grundansicht werden sich nun auch alle ähnlichen Fälle leicht entscheiden lassen. Wären z. B. in jenem Falle statt Eines zwei Enkel in der Familie des Patrons zurükgelassen worden, so würde ebenso der emancipirte Sohn eine dimidiae partis b. p. erhalten und die Enkel sich in die andere Hälfte theilen. Dasselbe würde eintreten, wenn die Zusammentreffenden verschiedenen stirpes angehörten, z. B. der Freigelassene hinterließe einen patronus c. d. und von einem zweiten verstorbenen Patron zwei in der Familie gebliebene Kinder. Denn das Edict de bonis libertorum gibt hier die Hälfte überhaupt gegen die legitimi, einerlei woher diese kommen, und so wie die durch jenes Edict Berufenen unter sich ihre Hälfte nach Köpfen theilen, so wird auch für die legitimi die gewöhnliche Theilung in dieser Classe beibehalten; auf stirpes kann weder hier noch dort gesehen werden. Wäre also der Sklav von dreien freigelassen worden, unter denen der noch lebende A eine c. d. erlitten, B ein und C zwei Kinder hinterlassen hätte, so würden nach dem Tode des Freigelassenen A die Hälfte und jedes der drei Kinder ein Sechstheil erhalten. Wie aber, wenn das eine Kind von C auch capite deminuirt worden wäre? Man hüte sich hier die Lehre von dem per alios commisso edicto anzuwenden. Vielmehr würde jenes Kind ganz leer ausgehn, weil es weder nach dem Edict de bonis libertorum, als ausgeschlossen von A, noch nach dem unde legitimi, als ausgeschlossen durch seine c. d., berufen ist. Wären aber aus verschiedenen Stämmen mehre in gleichem Grade entfernte Patronatsberechtigte vorhanden, von denen einige eine c. d. erlitten, andere nicht, so würden diese unter allen Umständen jeder zu einem Kopftheil berufen sein, z. B. wenn von drei Patronen der eine A, der andere B, C, und der dritte D, E, F, hinterlassen und A, C und F eine c. d. erlitten hätten, jeder zu $1/6$.

Nachdem so der wahre Sinn unserer Stelle nach allen Seiten hin ans Licht gestellt ist, sei es noch erlaubt, darauf aufmerksam zu machen, daß in ihr ein ganz entscheidendes äußeres Argument gegen die Meinung derer liegt, welche glauben, daß in der Classe unde legitimi dem Patron und dessen Kindern die c. d. nicht geschadet habe. Denn wäre das richtig, so müßte im vorliegenden Falle der Sohn den Enkel ganz ausschließen, weil er um einen Grad näher steht und das gesezliche Erbrecht vermöge Patronats sich jedesmal nach Gradesnähe bestimmt. Dennoch hat Unterholzner [32]) auf diesem Wege eine Erklärung versucht. Er sagt, es sei wohl klar, daß hier der emancipirte Sohn unde legitimi succedire, aber sichtbar geschehe es mit besonderer Rüksicht auf das Dasein eines nicht emancipirten Enkels, wo die Zulassung deswegen keine Schwierigkeit habe haben könne, weil schon durch diesen Enkel die b. p. unde legitimi begründet gewesen wäre. Die Hälfte gerade habe man ihm zugewiesen, weil billiger Weise der Sohn eben so viel hätte haben müssen, als er durch die c. t. b. p. mit Ausschließung des Enkels bekommen haben würde. — Die Differenz dieses Princips von dem unsrigen ist offenbar; nach jenem würde ohne das Dasein des Enkels der Sohn nicht zur Intestaterbfolge berechtigt sein, nach dem unsrigen allerdings, und zwar „ut legitimus" zur ganzen Erbschaft. Uebrigens wird Niemand eine große Annäherung zur richtigen Erklärung der Stelle in dieser Auffassung verkennen.

Viel weniger Schein hat die Erklärung von Förster [33]). Dieser sezt voraus, daß 1) diese Stelle auf

32) Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. B. V. S. 56. Vgl. auch Witte de luctuos. hered. p. 21.

33) Zeitschr. a. a. O. S. 59.

einen Fall gehe, wo durch die lex P. P. ein Erbrecht auf einen Kopftheil begründet wäre, also der Freigelassene ein centenarius gewesen und mit Hinterlassung von weniger als drei Kindern verstorben sei; 2) daß der Freigelassene ein leibliches Kind hinterlassen habe, welches jedoch 3) nicht suus gewesen sei. Aber auch alle diese Voraussezungen zugegeben — obgleich sie sämmtlich in die Stelle hineingedacht sind, — so wäre ja dann die Entscheidung des Juristen schon um deswillen unmöglich, weil alsdann der Sohn des Patrons mit diesem Sohne des Freigelassenen hätte theilen müssen und nicht mit seinem Sohne, dem Enkel des Patrons; denn daß der Jurist meinte, der Enkel solle durch die hereditas die andere Hälfte wirklich bekommen, ist wohl daraus klar, daß er diesen überhaupt anführt. — Eine ältere Erklärung von Janus a Costa [34]) versteht den Fall so, als wenn der Freigelassene außer dem Sohne und Enkel seines Patrons auch noch einen eigenen suus non naturalis hinterlassen hätte; hier solle der Sohn des Patrons eben so, wie contra tabulas liberti dem Enkel gegen den suus vorgezogen werden. Aber abgesehn davon, daß auch hier wieder ganz willkürlich etwas vorausgesezt wird, wovon die Stelle nichts weiß, so ist auch die Voraussezung nach der Stelle selbst unmöglich. Denn wenn der Freigelassene einen suus non naturalis hinterlassen hat, wie kann dann der Jurist sagen: die hereditas gehöre iure ipso dem Enkel des Patrons, da sie ja vielmehr dem suus non naturalis zustehn würde? Oder sollten wir die Worte: quamuis iure ipso legitima hereditas ad nepotem pertineat hypothetisch verstehn (wenn der suus non naturalis nicht vorhanden wäre)? Das wäre doch nur

---

34) Ian. a Costa ad §. 2. I. de success. libert.

eine zweite Willkür, durch welche die erste für eine Zeile wieder suspendirt würde. Endlich sieht man bei der ganzen Erklärung nicht ein, warum der Jurist gerade diesen Fall gestellt, und nicht vielmehr ohne Weiteres gesagt hat: der emancipirte Sohn des Patrons geht dem in der Gewalt gebliebenen Enkel vor, wenn es sich fragt, wer von beiden die dimidiae partis b. p. contra suos non naturales oder contra tabulas haben solle.

Ob Justinians Arbeitern selbst unsere Stelle deutlich gewesen sei, steht sehr zu bezweifeln. Denn nachdem durch Justinians Constitution die c. t. b. p. von der Hälfte auf ein Drittheil herabgesezt war, hätte nach strenger Consequenz der Sohn gegen den Enkel nur eine tertiae partis b. p. in Anspruch nehmen können. Dennoch ließ man hier das sonst gewöhnlich in „portionis debitae" verwandelte dimidiae partis stehn [35]. Indessen ist es nicht unmöglich, daß man für den Fall einer Collision des patronus c. d. mit den legitimi die Erhöhung des Drittheils auf die Hälfte mit Bewußtsein gewollt habe, wenn gleich in der Constitution selbst nichts davon steht.

Ein anderer Fall wird erwähnt, in dem der Grundsaz dieser außerordentlichen b. p. ab intestato in einer eigenthümlichen Anwendung auf neueres Recht erscheint. Das SC. de assignandis libertis hatte verordnet, daß ein Patron, sobald er nur zwei oder mehr Kinder in seiner Gewalt habe, einem oder mehren seiner Kinder mit Ausschluß aller andern die Patronatsrechte über seinen Freigelassenen sollte zutheilen können. Wenn nun der Freigelassene starb, so erbte der Assignatar und seine

35) Vergl. Schrader zu §. 1. I. de success. libert.

Kinder mit Ausschluß seiner Brüder, übrigens aber nach gewöhnlichem Successionsrechte, und erst nach dem Aussterben dieses Stammes kam die Succession an die übrigen Kinder des Patrons zurük, so als wäre die Assignation gar nicht vorgefallen. Wie nun, wenn der Assignatar einen emancipirten Sohn hinterließ, ward dieser auch den Brüdern des erstern vorgezogen? Hätte man diese Frage nach unserm obigen Principe entschieden, so würde der emancipatus, da ihm die c. t. b. p. vor seinen Oheimen wenigstens nicht abzusprechen war, ebenfalls ab intestato die Hälfte haben bekommen müssen, die andere Hälfte würde mit der b. p. unde legitimi an die Oheime gefallen sein. Anders aber entscheidet Ulpian [36]). Er zieht den emancipatus den legitimis ganz vor und gibt ihm eine totorum b. p. Warum dieses? — Weil für diesen Fall im Senatusconsult selbst ein näherer Entscheidungsgrund lag. Denn das Senatusconsult sagte, erst dann sollten die übrigen Kinder des Assignanten zur Erbschaft gelangen, wenn der Assignatar keine Kinder habe („utique si ex liberis quis in ciuitate esse desisset, neque ei liberi ulli essent, caeteris eius liberis, qui manumisit, perinde omnia iura seruentur, ac si nihil de eo liberto eaue liberta ei parens significasset"). An sich konnte man nun wohl geneigt sein anzunehmen, daß das Senatusconsult mit den liberi ulli die Kinder gemeint habe, welche in die civilen Patronatsrechte einträten, d. h. die in der Familie gebliebenen. Allein weil damals unter den Patronatsberechtigungen vorzüglich auch die prätorischen mitzuverstehen waren, und der natürliche Ausdruk „Kinder" auch eine natürliche Erklärung im Sinne des Edicts verlangte, zumal bei einem solchen fideicom-

36) L. 3. §. 4. 5. D. de assign. libert.

mißähnlichen Erweiterung verdienenden Institute [37]), so hielt man sich an das Wort; danach aber waren die emancipati wenigstens auch liberi und es folgte, daß, so lange vom Assignatar noch ein Kind übrig wäre, einerlei ob in der Gewalt oder emancipirt [38]), so lange von diesem mit gänzlicher Ausschließung aller übrigen Nachkommen des Patrons geerbt würde. Nehmen wir es nun recht juristisch genau, so wird ein solcher emancipirter Sohn ebenfalls eigentlich nur mit einer dimidiae partis b. p. ab intestato contra legitimos zugelassen (denn das Senatusconsult hat nicht sowohl eine neue Art der Erbfolge eingeführt, als die alten Arten zu erben auf Eine Familie mit Ausschluß der andern übertragen); diese b. p. umfaßt aber in diesem Falle das Ganze, weil die legitimi durch das Senatusconsult ausgeschlossen sind und damit

---

37) Eben daher kam es, daß man auch die Assignation an einen filius emancipatus zuließ, wenn nur der Assignant außerdem noch wenigstens zwei Kinder in der Gewalt hatte. L. 9. D. de assign. libert. Denn dieses war ebenso den Worten und dem ganzen Geiste des Senatusconsults gemäß. Aber nicht dem Sinne, meint Unterholzner (Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. V. S. 58.), der daher diese Auslegung eine Annäherung an Gesetzesverdrehung nennt. In der That ist jene Interpetration so offenbar gegen den sich zunächst darbietenden Sinn des Senatusconsults, daß es Verläumdung wäre, zu sagen, Ulpian hätte dieses nicht eingesehen. Aber Ulpian bedachte das Bestreben des damaligen Civilrechts, im Geist des prätorischen Rechts zu wirken, und dem Individuum gegen die civilen Gattungsgeseze möglichst viel einzuräumen; wenn daher die Worte selbst nur einen dem gemäßen Sinn irgend zuließen und weiter nichts entgegenstand, als das Auflehnen der neuen so wörtlich verstandenen Verordnung gegen die hergebrachten Principien eines Civilrechts, welchem die Legislation jener Zeit überall beschränkend und abdingend entgegentrat, so mußte man ohne Bedenken jene wörtliche Auslegung vorziehn.

38) Man hätte selbst noch weiter gehn und alle Kinder ohne Rücksicht auf vorhandene oder vorhanden gewesene Gewalt für vorgezogen halten können, so wie es Cassius mit dem SC. Largianum machte (Gai. 3, 71). Allein dieses würde auf jeden Fall dem Geiste des Senatusconsults wie der Bildung des ganzen damaligen, noch von civilrechtlicher Basis ausgehenden Rechts entgegen gewesen sein.

diese b. p. aufhört contra legitimos zu sein, mithin ebenso wie gegen entferntere b. possessores auf das Ganze geht. — Uebrigens sieht man hieraus, daß es wieder unrichtig ist, wenn angenommen wird 39), in diesem Falle sei der emancipatus mit einer b. p. unde legitimi beschüzt worden.

Schließlich kann noch die Frage aufgeworfen werden, in wiefern die aus dem Edict de bonis libertorum für den patronus c. d. hervorgehende Intestaterbfolge auf die spätern Classen der b. p. ab intestato einigen Einfluß übe? Man könnte nemlich erstens auf den Gedanken kommen, daß, weil der capite deminuirte Patron schon mit dem Rechte der zweiten Classe berufen sei, er deshalb nicht noch in der lezten Classe unde cognati manumissoris abermals gerufen werde, und dieses mit dem den Patron nicht auch erwähnenden Namen dieser Classe rechtfertigen wollen. Allein offenbar hindert diese frühere Berufung jene spätere nicht, weil leztere wieder auf einem eigenthümlichen Princip beruht. Alle Gründe also, welche für die Berechtigung des Patrons selbst in der siebenten Classe angeführt sind 40), bleiben auch jezt in Kraft. Eine zweifelhafte Frage ist, ob nun auch in der fünften Classe der patroni patronus ohne Rüksicht auf die c. d. berufen werde, wenn auch nicht gradezu, doch aus Rüksicht auf das Edict de bonis libertorum? Ich habe sie bis dahin bestimmt verneint 41), doch bin ich jezt geneigter, die bejahende Meinung anzunehmen. Zwar hat der patroni patronus keine dimidiae partis c. t. b. p. und man kann deshalb nicht sagen, daß das Edict de bonis libertorum sich auf ihn gradezu beziehe; auch soll, wie

39) Zeitschr. a. a. O. S. 58.
40) Studien des R. R. S. 115 ꝛc.
41) Ebendas. S. 77.

es scheint, zunächst hier nur das regelmäßige Intestaterbrecht, welches in der Classe unde legitimi im Verhältnis zum Vermögen des libertus selbst vorgekommen war, im Verhältnis zu dem Patron des Freigelassenen wieder aufgestellt werden, und in jener Classe wird der capite minutus nicht berufen. Indessen ist zu bedenken, daß der Prätor hier nicht den Ausdruk unde legitimi patroni, sondern unde patronus patroni gebraucht, welcher auch den patronus capite deminutus umfaßt, und daß das ganze Princip dieser Classe, welches davon ausgeht, dem patroni patronus dasselbe Recht ab intestato gegen den liberti libertus zu geben, welches er gegen den libertus selbst genießt, allerdings darauf führt, den Patron des Patrons ohne Rüksicht auf erlittene c. d. ebenso zu des liberti libertus Erbschaft zuzulassen, wie er zu der liberti b. p. zugelassen wird. Der von mir für das Gegentheil angeführte Grund, daß der Patron, welcher eine c. d. erlitten, vom Prätor nicht ebenso wie der agnatus c. d. in der Classe unde cognati, noch in einer besondern Classe berufen werde, erledigt sich von selbst, seitdem dargethan ist, daß der patronus c. d. sogar ebenso wie der emancipatus in derselben Classe zur b. p. gelangt, die ihm zustehn würde, wenn er nicht capite deminuirt worden wäre.

Daß dieselben Grundsäze, welche für den Patron entwickelt worden sind, ebenso auch für den parens manumissor gelten müssen, weil dieser aus demselben Rechte zur dimidiae partis b. p. berufen ist, bedarf nur der Anführung. Auch widerspricht nicht L. 2. §. 17. D. ad SC. Tertull. Si sit agnatus defuncti et naturalis pater sit in adoptiua familia, sit et mater: admittimus matrem, quoniam patrem agnatus exclusit. Diese betrifft nemlich nicht etwa den Fall, wo der Vater seinen Sohn emancipirt und sich selbst darauf in Arrogation ge-

geben hat; alsdann würde ja der Verstorbene keinen Agnaten haben können, sondern vielmehr den Fall, daß Jemand seinen Sohn in Adoption gab und seinen Enkel von diesem in der Gewalt behielt [42]). Wenn hier nach dem Tode jenes Großvaters der Enkel stirbt, so wird sein adoptirter Vater von dem Agnaten und dieser wieder von der Mutter ausgeschlossen werden. In diesem Falle ist also gar nicht von einem parens manumissor die Rede.

---

42) Witte de luctuos. hered. p. 30. 34.

Rheinisches Museum

für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

Blume, Böcking, Hollweg, Puchta,
Puggé und Unterholzner.

Sechsten Bandes zweites Heft.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1834.

IV.

Kurze Charakteristik der bei einer neuen Ausgabe des Langobardischen Lehenrechts vorzugsweise zu berücksichtigenden Handschriften [1].

Von Herrn Professor Dieck zu Halle.

I. Vorbemerkungen.

§. 1. Es wird sich kaum irgendwo ein mit Gesezeskraft versehenes Rechtsbuch finden, dessen kritische Bearbeitung fortwährend in dem Grade vernachlässigt worden wäre, als es beim Langobardischen Lehenrechte der Fall ist.

Unter sämtlichen Herausgebern ist Cujacius der einzige, der für die Kritik des Textes etwas Bedeutenderes geleistet hat, ohne daß uns übrigens die Grundsäze näher bekannt sind, denen er bei Veranstaltung seiner Ausgabe (Lugd. 1566.) gefolgt ist. Neben ihm ver-

1) Daß ich bei dieser Abhandlung außer meiner eigenen Schrift (Literärgeschichte des Longobardischen Lehenrechts. Halle, 1828.) noch das rühmlichst bekannte Werk von Laspeyres (über die Entstehung und älteste Bearbeitung der Libri feudorum. Berlin 1830.) gebraucht habe, versteht sich von selbst. Ich berufe mich auf diese beiden Bücher hier ein für alle Mal, und halte nicht für nöthig, sie bei den einzelen Säzen, die ich aufstelle, immer noch besonders, unter specieller Angabe der Seitenzahlen, zu citiren.

dienen allenfalls noch Russardus und Hotomanus Erwähnung. Die übrigen Kritiker des sechzehnten Jahrhunderts, von denen sich Manche, wie Contius, Charondas, Pacius, Gothofredus, Baudoza, um andere Rechtsquellen größere oder geringere Verdienste erworben haben, beschränkten sich, abgesehen von einigen im Ganzen sehr unerheblichen Abweichungen, darauf, den Text so wieder zu geben, wie ihn zunächst Cujacius geliefert hatte. Eben dies gilt von den Herausgebern des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderts, deren Ausgaben, so weit sie mir bekannt geworden sind, nichts weiter enthalten, als bloße Abdrücke der frühern. Meines Wissens macht nur die Göttingische hievon eine Ausnahme; doch selbst diese läßt so viel zu wünschen übrig, daß E. Spangenberg die literarische Ehre seines Vaters durch die Bemerkung, das Lehenrecht sei von Gebauer bearbeitet worden, gewissermaßen in besondere Verwahrung nehmen zu müssen glaubte [2]).

Nichts thut daher mehr Noth, als eine neue kritische Bearbeitung des Liber feudorum, und die Aufnahme desselben unter die Zahl der in den Monumentis Germaniae historicis abzudruckenden Quellen wird einem höchst dringenden Bedürfnisse abhelfen.

Es gibt von dem Liber feudorum eine große Anzahl von Manuscripten, indem nicht nur fast alle Codices des Volumen das Langobardische Lehenrecht enthalten, sondern für dieses öfters auch selbständige Abschriften angelegt wurden [3]). Es fragt sich daher, welche Manu-

---

2) Spangenberg Einleitung in das Justinianische Rechtsbuch S. 484.

3) Solche selbständige Handschriften finden sich z. B. zu Halle, Tübingen, Breslau, Hildesheim, Madrid. [Auch in Rom, Cod. Palatino-Vaticanus 770, und Cod. Barberinus 487. Blume.]

scripte für eine neue Ausgabe vorzugsweise zu berüksichtigen seien.

Bei der Beantwortung dieser Frage sind, neben den allgemeinen paläographischen Grundsäzen, wonach man den Werth eines Codex zu beurteilen hat, noch gewisse besondere Regeln, welche sich auf die Handschriften des Lehenrechts lediglich beschränken, nicht außer Acht zu lassen. — Auf die Angabe dieser besondern Regeln bleiben die nachstehenden Bemerkungen beschränkt. Es ist dabei auf die doppelte Recension Rüksicht zu nehmen, welche der Liber feudorum im Mittelalter erfahren hat; wobei zu bemerken, daß unter der neuern Recension diejenige zu verstehen ist, welche dem Rechtsbuche, wie wir es jezt in der Litera uulgata als ein in sich selbst abgeschlossenes Ganzes besizen, zum Grunde liegt; unter der ältern aber diejenige, welche hiervon sowohl in materieller Vollständigkeit, als auch in der Unterscheidung der Titel abweicht. Es wird also die Frage wichtig, worauf zunächst Rüksicht zu nehmen sei, um zu beurteilen, ob ein bestimmtes Manuscript der einen oder andern Recension angehöre.

II. Von dem eigentlichen Rechtsbuche.

1) Abweichungen der Handschriften in Betreff der Rubriken.

§. 2. Weicht eine Handschrift blos bei einzelnen Rubriken von der Litera uulgata ab, so kann daraus noch nicht geschlossen werden, daß sie unter die ältere Recension zu subsumiren sei. So z. B. gehören die beiden Berliner Codices [4]) zur neuern Recension, und doch wird

4) Gleich hier bemerke ich ein für alle Mal, daß ich die Notizen über die Handschriften zu Berlin und Tübingen aus Laspeyres, hingegen die Notizen über die bei der Göttinger Ausgabe des Lehenrechtes benuzten Manuscripte aus den Noten eben dieser

darin zwischen I. F. 10. 11., so wie zwischen I. F. 27. 28. keine Rubrik unterschieden; auch fehlt in dem einen die Ueberschrift zu I. F. 23., in dem andern die zu II. F. 54. Dagegen haben einzelne Paragraphen, namentlich in I. F. 18. II. F. 34. 39. 55., besondere Ueberschriften. Außerdem ist die Fassung der Rubriken in beiden Manuscripten hin und wieder von der Litera uulgata abweichend. Unter andern lautet die Ueberschrift zu I. F. 14. nach der ältern Recension: "Qualiter usus beneficii sit tenendus", nach der neuern: "De feudo marchiae uel ducatus uel comitatus", in dem einen Berliner Coder hingegen: "Qualiter usus beneficii sit retinendus, alias de feudo marchiae ducatus uel comitatus", eine Ueberschrift also, welche die ältere und neuere Rubrik zugleich in sich vereiniget. — Selbst noch in der ersten Ausgabe trift man solche Abweichungen im Einzelnen, und es fehlen z. B. in der Augsburger Ausgabe von 1472 die Rubriken von I. F. 11. 28. II. F. 54.; wenigstens schließen sich daselbst diese Titel unmittelbar an die vorhergehenden an, ohne daß dem Miniator, wie bei den übrigen Titeln, zur Ausfüllung der Rubriken der geringste Plaz gelassen wäre.

Dergleichen Abweichungen im Einzelnen sind also gleichgültig; anders freilich, wenn sie durchgreifend sind. Alsdann weisen sie auf die ältere Recension allerdings zurük, deren Rubriken, wie schon bemerkt worden, von denen der Litera uulgata der Zahl und Wortfassung nach bedeutend verschieden sind. Während nemlich nach der gegenwärtigen Einrichtung im ersten Buche achtundzwanzig, im zweiten aber achtundfunfzig Titel unter-

---

Ausgabe entnommen habe. Was die Nachrichten über den Hallischen Coder und die Straßburger Ausgaben von 1472 betrift, so beruhen sie auf Autopsie.

schieden worden, zerfiel sowohl das erste, als zweite Buch nach der ältern Recension blos in sieben, das Ganze also in vierzehn Titel. Absichtlich beschränke ich mich hier auf die des ersten Buches [5]), welche folgendermaßen lauteten, und den nachstehend dabei bemerkten Umfang hatten:

Tit. I. Quibus modis feudum acquiratur. (I. F. 1-4.)
Tit. II. Quibus modis feudum amittatur. (I. F. 5. 6.)
Tit. III. De natura feudi. (I. F. 7.)
Tit. IV. De successione feudi. (I. F. 8. 9.)
Tit. V. De contentione feudi. (I. F. 10-13.)
Tit. VI. Qualiter usus beneficii sit tenendus. (I. F. 14-23.)
Tit. VII. Qualiter iudicium feudi sit examinandum. (I. F. 24-28.).

Daß in den Handschriften der älteren Recension nothwendig gerade nur diese Titel unterschieden sein müßten, kann nun freilich nicht behauptet werden; die Rubrikation der mir bekannt gewordenen, zur ältern Recension gehörigen Handschriften steht damit wenigstens im Widerspruch. Nur so viel ist anzunehmen, daß sich bei genauerer Untersuchung von Manuscripten, die zur Zeit noch nicht hinlänglich geprüft sind, wahrscheinlich solche finden dürften, die jener Rubrikation sich anschließen. Allein in den bereits bekannten Handschriften der ältern Recension findet sich doch immer eine merkwürdige und durchgreifende Abweichung ihrer Ueberschriften von denen der Lectio uulgata. Einen Beleg dazu liefern die beiden Codices zu Tübingen und Halle.

In dem Tübingischen kommen nur in den ersten acht Titeln und bei II. F. 1. Rubriken vor, die aber zum Theil an andern Stellen, als in allen übrigen Manu-

5) Die Rubriken des zweiten Buches beginnen mit II. F. 1. 5. 12. 23. 25. 29. 50.

scripten, angetroffen werden, und, mit einer einzigen Aus- nahme, durchgängig auch in der Fassung von den sonst bekannten Ueberschriften abweichen. — Aehnlich verhält es sich mit der Hallischen Handschrift, wiefern man nur die doppelte Rubrikation derselben gehörig unterscheidet; eine ursprüngliche, die von dem Abschreiber des Manuscripts selbst herrührt, und eine andere, die von einer spätern Hand nachgetragen ist, wie es scheint, von derjenigen, welche die Glossen hinzugeschrieben hat. Ursprünglich fehlten, meines Erachtens [6], im ersten Buche die Ru- briken zu Tit. 10. 11. 17. 18. 19. pr. 19. §. 1. Tit. 22. 23. 28.; im zweiten Buche die Rubriken zu Tit. 4. 6. 7. Tit. 8. 10. 15–22. 26. 29. 33. 34. 36. 37. 39–49. 51. 53–56. 57. 58. [7]. Erst bei der zweiten Rubrikation dieses Codex sind die ursprünglich fehlenden Ueberschrif- ten, nach der gegenwärtig gangbaren Unterscheidung und Wortfassung, fast überall nachträglich beigefügt, hin und wieder auch ältere Ueberschriften verbessert worden [8]. — Daß die Rubriken der Tübinger Handschrift, und die ur- sprünglichen Ueberschriften des Hallischen Manuscriptes mit den vierzehn Titeln der ältern Recension nicht überein- stimmen, mag, wenigstens bei dem Hallischen Codex, sei- nen Grund darin haben, daß er erst einer neuern Zeit,

---

6) Im Einzelnen weiche ich hier von Laspeyres ab. Es hat dies seinen Grund darin, daß es bei verschiedenen Rubriken unserer Handschrift zweifelhaft bleibt, ob sie von der Hand des ersten oder zweiten Rubrikanten herrühren.

7) II. F. 57. fehlt im Cod. Haleus. ganz. Dies gilt nun zwar nicht von II. F. 6. II. F. 7. pr. Beide Stücke stehen indessen nicht zwischen II. F. 5. und II. F. 7. §. 1., sondern finden sich erst am Ende der Handschrift. Der Tit. 6. kommt hier sogar doppelt vor, und zwar das zweite Mal mit einer Ueberschrift. — Diese Angaben waren nöthig zur Verhütung von Irrungen, die aus der Vergleichung des obigen Textes mit spätern Bemerkungen, die ich machen werde, leicht hätten entstehen können.

8) z. B. bei I. F. 15. II. F. 9. 50.

dem vierzehnten Jahrhundert, angehört; sehr gut kann ja das ihm zum Grunde liegende Manuscript die ältere Rubrikation gehabt haben, welche dann vom Abschreiber unseres Codex vermuthlich deshalb nicht recipirt wurde, weil sie im vierzehnten Jahrhundert schon nicht mehr befolgt zu werden pflegte. Was aber das Tübinger Manuscript betrift, welches in den Anfang des dreizehnten Jahrhunderts gesezt werden darf, so möchte die Abweichung daraus zu erklären sein, daß sich sein Urheber genau an das ihm vorliegende Urmanuscript gehalten, in welchem, da es über die ältere Rubrikation der Zeit nach hinaufreichte, eben diese Rubrikation noch nicht befindlich war. — Wie dem aber auch sei, beide Handschriften weichen von der neuen Rubrikation immer doch sehr bedeutend ab, und finden sich nun Codices, von denen ein Gleiches gilt, so sind sie, ganz wie jene beiden Manuscripte, der ältern Recension beizuzählen, wie fern sie nur auch die übrigen, weiter unten anzugebenden Merkmale dieser Recension an sich tragen.

Ob auf die Unterscheidung oder Nichtunterscheidung mehrerer Bücher des Liber feudorum Gewicht zu legen sei, bleibt unentschieden. Denn wie im Tübinger Codex unmittelbar auf I. F. 28. der Anfang von II. F. 1. folgt, in der Hallischen Handschrift aber zwischen beiden Titeln die Rubrik steht: "explicit l. I. incipit II", so werden auch in dem einen Berliner Manuscripte zwei Bücher unterschieden, hingegen nicht in dem zweiten, und selbst in der Edit. Argent. 1472. nicht.

2) Abweichungen der Handschriften in Ansehung ihrer materiellen Vollständigkeit.

§. 3. Der zweite Hauptpunkt, worauf bei der Untersuchung von Manuscripten zu sehen ist, betrift deren materielle Vollständigkeit.

Zuvörderst ist hierbei darauf zu achten, mit welcher Stelle der Liber feudorum in einem Codex endiget. Das Langobardische Lehenrechtsbuch ist nemlich durch successives Aneinanderreihen mehrerer Compilationen entstanden, und scheint eine Zeit lang nur einschließlich bis II. F. 24., vielleicht auch bis II. F. 27. gereicht zu haben. Ein Beispiel hiezu liefert der Tübinger Codex, welcher mit II. F. 24. schließt. Manuscripte, die auf diese Weise sich endigen würden, müßten im Zweifel der ältern Recension beigezählt werden. — Späterhin kamen noch die Titel bis II. F. 51. inclusiue hinzu, und mit diesem Titel schloß sich also ebenfalls einige Zeit lang das eigentliche Rechtsbuch. Zuverlässiges Zeugnis liefert darüber die Summa des Jacobus Ardizonis, worin alle übrigen Lehentexte, namentlich die heutigen Capitula ordinaria von II. F. 52. an, als Capitula extraordinaria s. extrauagantia bezeichnet und behandelt werden. Manuscripte, deren Schlußtitel der einundfunfzigste des zweiten Buches wäre, würden mithin gleichfalls eher der ältern als der neuern Recension zuzuschreiben sein. — Bei diesen Bemerkungen versteht es sich von selbst, daß eine zufällige Unvollständigkeit am Ende der Codices bedeutungslos bleibt.

Noch sind bei der Untersuchung von Handschriften folgende einzelne Punkte zu berücksichtigen.

A. In dem ersten Buche des Liber feudorum fehlten ursprünglich Tit. 14-18. Diese Titel sind aus einer nach und nach erfolgten Paraphrase eines, zwischen II. F. 22. 23. eingeschaltet gewesenen Aufsatzes, der dem Tübinger Manuscripte zufolge einen Ugo de Gambolado zum Verfasser hat, entstanden, und können daher in Handschriften der ältern Recension entweder ganz oder theilweise fehlen. Letzteres gilt von dem Tübinger Manuscripte, worin zwar Tit. 17. 18. sich vorfindet, nicht aber

Tit. 14. 15. 16. Doch darf wegen des Vorhandenseins dieser fünf Titel in einem Codex eine Handschrift der neuern Recension noch nicht zugetheilt werden; denn das Hallische Manuscript hat diese Titel sämmtlich, und gehört gleichwohl zur ältern Recension. Also nur ihre gänzliche oder theilweise Abwesenheit ist gewichtvoll.

B. In II. F. 1. fehlt im Tübinger Codex der über die feudalen Rechtsquellen handelnde Anfang, so daß auf die Ueberschrift: "Obertus Anselmo", sogleich II. F. 1. §. 1. "Sciendum est itaque" folgt. Auf diese Lücke ist indessen wohl schwerlich etwas zu geben. Schon die Wortverbindung des ersten Paragraphen mit dem Vorhergehenden durch Itaque, — welche sich überall findet, obwohl sie im Cod. Halens., ganz wie in der Litera uulgata, nicht durch Itaque, sondern durch Autem bewirkt wird, — deutet, aller andern Gründe zu geschweigen, unzweideutig genug darauf hin, daß das Principium dieser Stelle einen integrirenden Bestandtheil von Obertus Briefe ausmacht, und daher wohl zu keiner Zeit in diesem Briefe gefehlt hat. Seine Abwesenheit in der Tübinger Handschrift ist daher gewiß als eine Eigenthümlichkeit dieses Codex zu betrachten; eine Abweichung der ältern Recension von der neuern ist um so weniger darin zu finden, als dieses Stük in dem Hallischen Manuscripte vollständig angetroffen wird [9]). — Desto bedeutungsvoller wird folgende Abweichung der Tübinger Handschrift.

C. Es fehlt nemlich II. F. 6., und eben so II. F. 7. pr. darin gänzlich. Auf gleiche Weise fehlen diese Stücke im Hallischen Codex, und in vielen andern Handschriften, wenn nicht gerade ganz, doch wenigstens zwischen II. F. 5. und II. F. 7. §. 1. In der Hallischen finden sie sich erst unter den Texten hinter II. F. 51., also unter

---

9) Eben so im Cod. Aug. I. der Göttinger Ausgabe.

denjenigen, welche nach der ältern Recension blos als Capitula extraordinaria zu betrachten sind; der Tit. 7. pr. ist sogar erst von späterer Hand, am Ende der ganzen Handschrift, nachgetragen worden. In dem von Gebauer benuzten, mit Cod. Aug. I. bezeichneten, vormals zu Augsburg, gegenwärtig zu München befindlichen Manuscripte [10]) fehlt dieser leztere Text gänzlich; der erste (II. F. 6.) nimmt hingegen dieselbe Stelle darin ein, wie im Hallischen. Auch sagt Cujacius gegen das Ende seines Commentars zu diesen Texten, daß sie "in melioribus libris" nicht vorhanden seien; eine entsprechende Bemerkung enthält außerdem die Glosse zu II. F. 7. In den beiden Berliner Handschriften, so wie in den vier Manuscripten, welche Gebauer neben dem Cod. Aug. I. benuzt hat, und die, wie die Berliner, sich der neuern Recension anschließen, finden sich dagegen diese Stellen, und zwar zwischen II. F. 5. und II. F. 7. §. 1. Dem allen zufolge leidet es keinen gegründeten Zweifel, daß beide Texte in der ältern Recension noch nicht gestanden haben. — Auf ihr Dasein oder Nichtdasein in den einzelnen Handschriften ist daher ganz besonders zu achten.

D. Eine andere Abweichung beider Recensionen besteht auch darin, daß der schon oben erwähnte Aufsaz des Ugo de Gambolado in den Handschriften der neueren Recension fehlt, in denen der ältern Recension aber angetroffen wird, nemlich hier hinter II. F. 22. Zeugnis darüber liefern die Tübinger und Hallische Handschrift, desgleichen der Cod. Aug. I. laut der Gebauerschen Ausgabe. In den übrigen, von Gebauer (und Schwarz) verglichnen Manuscripten, so wie in den beiden Berliner Handschriften fehlt er; eben so in dem Codex, welcher der

10) Schrader Prodromus corpor. iur. ciuil. pag. 63. Num. 117.

Edit. Argent. 1472 zum Grunde liegt. Auch bemerkt Cujacius in seinem Commentar, weder zu II. F. 22. noch zu II. F. 23., daß er in den von ihm zu Rathe gezogenen Handschriften zwischen den bezeichneten Texten ein fremdartiges Stük gefunden habe. — Wie man, vorzüglich des Tübinger Codex wegen, mit vollem Rechte annehmen darf, standen die Bemerkungen des Ugo de Gambolado hinter II. F. 22. ursprünglich. Von hier aus wurden sie in einer Paraphrase zuerst theilweise, sodann (fast) ihrem ganzen Umfange nach in das erste Buch zwischen I. F. 13. und I. F. 19. verpflanzt, woselbst sie also nunmehr die Tit. 14–18. ausmachten. Allein auch nachdem diese Transplantation bereits vollständig erfolgt war, blieb der Aufsaz des Ugo gleichwohl an seinem ursprünglichen Plaze einstweilen noch stehen; und so erklärt es sich: daß er in der Hallischen Handschrift und dem Cod. Aug. I. mit der daraus entnommenen, dem ersten Buche dieser beiden Manuscripte vollständig einverleibten Paraphrase ein wirkliches Doppelstük bildet. Bei der Bildung der zweiten Recension wurde er dann aber ausgeschlossen, und nur ein bedeutenderes Stük desselben, welches in I. F. 14–18. nicht recipirt worden war, ging in die Glosse zu II. F. 23. wörtlich über [11]. Eben diese Glosse ist hierüber zu vergleichen, worin außerdem der dem Ugo'schen Aufsaze angehörigen Texte mit der Bemerkung gedacht wird, daß sie in verschiedenen Handschriften vorkämen, aber (in den neuern Manuscripten) ausgeschlossen zu werden pflegten. Demnach könnte es zwar Codices der neuern Recension mit dem Aufsaze Ugo's wohl geben, allein das Dasein dieses Stüks würde hier stets nur sehr zufällig sein. — Immer würde man daher allerdings be-

11) Es fängt an mit: In his omnibus.

deutendes Gewicht darauf legen müssen, ob diese Texte in einer Handschrift fehlen oder nicht.

E. Bedeutungslos bleibt es hingegen, daß in II. F. 23. öfters das ganze Principium ausgelassen ist, so daß auf die Anfangsworte dieses Textes: "Obertus de Orto Anselmo filio suo salutem. Cogis me", sofort der erste Paragraph folgt: "Imprimis te illud scire oportet". Schon die Glosse macht hierauf aufmerksam. Indessen ist diese Lücke für unsern Zwek gleichgültig, da sie sich in den Handschriften beider Recensionen findet und nicht findet. Während sie z. B. nicht nur in der Hallischen Handschrift und in dem Cod. Aug. I., sondern auch in dem einen Berliner Codex angetroffen wird, sind dagegen nicht nur das andere Berliner Manuscript und die übrigen bei der Göttinger Ausgabe benuzten Handschriften vollständig, sondern auch die Tübinger. Daß die Lücke für unsern Zwek gleichgültig sei, folgt, von andern Gründen abgesehen, insbesondere noch daraus, daß sowohl in der Hallischen, als Augsburger Handschrift hinter "cogis me" ein Etcetera steht. Hieraus ergibt sich, daß entweder diese Codices, oder die ihnen zum Grunde liegenden Manuscripte, aus vollständigen Handschriften entlehnt sind.

F. Umgekehrt werden aber wieder die lezten sieben Titel des Rechtsbuchs (II. F. 52-58.) wichtig. Schon oben ist bemerklich gemacht worden, daß es eine Zeit gegeben, wo der einundfunfzigste Titel den Schluß des eigentlichen Liber feudorum gebildet habe. Hieraus folgt indessen noch nicht, daß die vollständigeren Handschriften sämmtlich unter die Kategorie der neueren Recension zu stellen seien; im Gegentheil dürften nur höchst wenige Handschriften der ältern Recension angetroffen werden, deren Schluß gerade mit dem Endtexte des einundfunfzigsten Titels zusammenfiele. Ihren Grund hat diese Voraussezung darin, daß das Rechtsbuch, obwohl es eigent-

lich mit II. F. 51, endigte, doch nicht als ein dermaßen geschlossenes Ganzes beobachtet wurde, daß es in den einzelnen Manuscripten nicht noch Zusäze hätte erhalten können. Wer vielmehr Lehentexte fand, die sich zu einem Nachtrage eigneten, fügte sie seiner Handschrift unbedenklich bei. — Hievon gibt der Hallische Coder ein ganz besonders deutliches Beispiel. Unmittelbar auf II. F. 51. folgen darin die Geseze Friedrichs I., welche die Tit. 53-56. der neuern Recension ausmachen. Daran schließen sich II. F. 6. und II. F. 58. Hinter diesem Titel steht II. F. 6. noch einmal. Sodann folgt das Lotharische Lehensgesez in II. F. 52. pr. §. 1. Nächst dem die berühmte Constitution Conrads II. von 1037. Auf diese folgt ein Stük, welches sonst in den Handschriften wenigstens so, wie der Codex Halensis es gibt, nicht vorzukommen pflegt; es besteht hauptsächlich aus einer Paraphrase der beiden unter II. F. 99. 100. befindlichen Capitula extraordinaria [12]). Den Schluß des Ganzen bilden endlich die bekannten Authentiken Friedrich II. nebst der Bestätigungsdecretale Honorius III. [13]). Denn daß der Text von II. F. 7. pr., welcher gegenwärtig am Ende der Handschrift steht, erst von späterer Hand hinzugefügt sei, ergibt sich gleich bei dem ersten Anblik. Eben dieser Text fehlte also in dem Coder, und so fehlte auch die nach der Litera uulgata in II. F. 52. §. 2. 3. und II. F. 57. ersichtlichen Constitutionen Lothar II. und Heinrich VI., welche auch späterhin gar nicht nachgetragen sind. — Der in diesem Manuscripte hinter II. F. 51. befindliche Anhang weicht also, nicht blos seinem Inhalte, sondern

---

12) Ich habe es abdrucken lassen in meiner oben angeführten Schrift S. 295. Not. 17.

13) Es ist die Decretale in Cap. 49. X. de seutent. excomm. (5. 39.).

auch der Ordnung der einzelnen Stücke nach, von der Litera uulgata unbedeutend ab, und liefert daher, nebst den andern, bereits bemerklich gemachten Eigenthümlichkeiten dieser Handschrift, den Beweis, daß ein Manuscript hinter II. F. 51. einen Nachtrag haben, und doch unter die ältere Recension subsumirt werden könne. — Auch in dem Cod. Aug. I. findet sich ein solcher Anhang, der sich indessen an die Litera uulgata näher, als im Hallischen Manuscripte, anzuschließen scheint. — Auf die Abweichungen der sieben Schlustitel (II. F. 52–58.) von der gegenwärtig gewöhnlichen Einrichtung ist sonach das Augenmerk ebenfalls besonders mit zu richten, zumal die beiden Berliner Handschriften bei diesen Schlustiteln sich der Litera uulgata durchweg anschließen, und so auch, wie es scheint, die, außer dem Cod. Aug. 1. in der Gebauerschen Ausgabe benuzten, vier Handschriften.

3) Nachträgliche Bemerkungen.

§. 4. Hiemit wäre nnun die hauptsächlichsten Abweichungen der beiden Recensionen des Liber feudorum vollständig angegeben. In wie fern aber die Angabe dieser Verschiedenheiten mit dem Zwek des gegenwärtigen Aufsazes in unmittelbarer Verbindung steht, leuchtet von selbst ein. Im Allgemeinen ist anzunehmen, daß der ursprüngliche Text in den Handschriften der ältern Recension richtiger enthalten sei, als in denen der neuern; jedenfalls kann eine Vergleichung beider Recensionen für eine neue kritische Ausgabe nicht anders, als im höchsten Grade ersprieslich sein. Eine ausschließliche oder überwiegende Berüksichtigung der Handschriften der ältern Ausgabe dürfte sich aber freilich nicht rechtfertigen lassen, da das Langobardische Lehenrechtsbuch bei uns nun einmal in seiner neuern Recension gesezliche Gültigkeit erlangt hat, und also den Abweichungen der ältern Recension, soweit der

Sinn eines Textes dadurch geändert werden würde, nur historischer Werth beigelegt werden kann. Diese Rük-sicht ist, dünkt mich, selbst bei einer für die Monumenta Germaniae historica zu veranstaltenden Ausgabe billig zu nehmen, wiefern nur, was sich von selbst versteht, jene Abweichungen in den Noten vollständig angegeben wer-den. Ob es rathsam sein dürfte, beide Recensionen viel-leicht neben einander abdrucken zu lassen, darüber kann erst nach erfolgter Vergleichung einer hinlänglichen Anzahl von Manuscripten ein gegründetes Urtheil gefällt werden.

Welche Handschriften der neuen Recension zur Ver-gleichung auszuwählen seien, ist nach den allgemeinen paläographischen Grundsäzen zu beurtheilen, die auch bei den übrigen Manuscripten in Anwendung zu bringen sein würden, wenn deren Anzahl zu groß wäre, als daß sie sämmtlich collationirt werden könnten.

III. Von den lehenrechtlichen Extravaganten.

§. 5. Die vorstehenden Bemerkungen beschränken sich auf das bei uns mit Gesezeskraft versehene Lehen-rechtsbuch, oder die Capitula ordinaria. Daneben be-sizen wir aber bekanntlich noch zwei andere Quellensamm-lungen des Longobardischen Lehenrechts, die sogenannten Capitula extraordinaria, welche in einer neuen Ausgabe nicht fehlen dürfen [14]). Obwohl sie seit ihrer Entstehung das ganze spätere Mittelalter hindurch von den Feudisten benuzt würden, so sind sie doch, weil sie für apokryphisch galten, nur ausnahmweise in sehr wenige Handschriften des Liber feudorum übergegangen, z. B. in diejenige,

14) Beide Sammlungen sind vollständig abgedrukt unter andern in Senckenberg Corpus iuris feudalis. Die eine reicht bis II. F. 98. inclusiue; die zweite umfaßt das Uebrige.

welche Bartholomäus Baraterius besaß [15]). Der Besorger einer neuen Ausgabe muß sich daher nach andern Hülfsmitteln umsehen, und hier werden ihm nun die lehenrechtliche Summa des Jacobus Ardizonis und der Commentar des Alvarotus über den Liber feudorum von höchster Bedeutung, da sich unsere Capitula extraordinaria in beiden Werken finden; in dem ersten in Cap. 149. 150., in dem lezten am Ende des Commentars. Vorzugsweise ist jedoch Jacobus Ardizonis zu Rathe zu ziehen, indem Alvarotus seinen Text erst aus ihm entlehnt hat.

Bei beiden finden sich aber die Capitula extraordinaria nur unvollständig. Was bei ihnen fehlt, liefert dagegen Baraterius, von dessen Libellus feudorum reformatus sich ein wichtiger, übrigens von Nicol. Rigaltius und Schilter verglichener, jedenfalls aber von neuem zu vergleichender Codex auf der Königlichen Bibliothek zu Paris befindet [16]). Es sind solches folgende acht Texte: Baraterius I. 3. IV. 7. VI. 4. VIII. 33. XII. 8. XIII. 20. XV. 13. XV. 14. Diese Stücke, welche bis auf die neuesten Zeiten unbekannt geblieben, und also zur Zeit auch noch keiner Ausgabe des Originaltextes der Consuetudines feudorum einverleibt worden sind, sind lediglich aus Baraterius zu restituiren, so lange keine sonstige Handschriften entdekt werden, worin sie neben den andern Extravaganten vorkommen. Eine solche vollständigere Handschrift besas Ericus Mauritius von der bekannten Reconcinnation des Anton Minuccius, worin sich, wie er bemerkt, außer den gewöhnlichen Capitulis extraordinariis noch "plus quam

15) Vergl. hierüber den Epilog des Baraterius zu seinem Libellus feudorum reformatus.

16) [vgl. Bréquigny in den notices et extraits VI, 251-255. über den Cod. reg. latin. 4772. Blume].

decem capita, hactenus incognita, ac quae Cuiacius non uiderat", vorfanden [17]). Eine Vergleichung dieser Handschrift würde für die lehenrechtlichen Extravaganten schon im Allgemeinen, insbesondere aber für unsere acht Texte sehr erwünscht sein, und zwar für diese nicht blos deshalb, um ihre Herausgabe auf mehrere Handschriften zu stüzen, sondern fast noch mehr um deswillen, weil der Codex des Mauritius (was sich aus Baraterius, nach der bekannten Beschaffenheit seines Werkes, mit Gewisheit nicht erkennen läßt) die ursprüngliche Verbindung jener acht Extravaganten bezeugen würde. Denn da Minuccius nur die Capitula ordinaria systematisirt hat, so können die Capitula extraordinaria in der Mauritischen Handschrift kaum anders, als in ihrer anfänglichen Reihenfolge mitgetheilt sein. Schade nur, daß man nicht weiß, wo dieses Manuscript zu suchen sei. Bei Nachforschungen, die darüber angestellt werden könnten, wird indessen die von Joh. Nicol. Hert in der Vorrede zu den von ihm herausgegebenen Werken des Mauritius beigebrachte Nachricht wichtig, daß lezterer die Handschrift an Dan. Georg Morhof verschenkt habe [18]).

Wie schon bemerkt, zerfallen die Capitula extraordinaria in zwei Sammlungen. Daß nun der Mauritische Codex beide Sammlungen zugleich enthalten wird, ist nach den Aeußerungen seines ehemaligen Besizers, wenn auch nicht gewiß, doch wahrscheinlich. Das Werk des Bara-

---

17) Mauritii Position. iur. feud. Decas I. §. 9. 10.

18) Hertii Praefat. pag. 7. 8. — Hert bemerkt hier zugleich, daß die Handschrift den Titel führe: "Noua collectio Bononiensis".

terius enthält dagegen nur eine dieser Sammlungen. Bei einer Ausgabe der Capitula extraordinaria würde man also, was vorerst das Ganze anlangt, die Handschrift des Mauritius zu berüksichtigen haben. Daneben würde man hiernächst für die eine Sammlung die Manuscripte von der Summe des Jacobus Ardizonis und dem Commentar des Alvaretus, für die andere aber eben diese Werke nebst dem Libellus reformatus des Baraterius, und insbesondere das leztere Werk bei den mehrgedachten acht Kapiteln zu Rathe ziehen müssen. Wo man eben diese acht Texte bei Baraterius zu suchen habe, ist bereits angegeben worden. Die übrigen Capitula extraordinaria hat Baraterius seinem Systeme an folgenden Stellen einverleibt:

II. F. 73.	bei	Baraterius	XI. 9. XV. 11.
74.	—	—	XIII. 8.
75.	—	—	XIII. 7. I. 6.
76.	—	—	VII. 10. X. 2. VII. 11.
77.	—	—	X. 12.
78.	—	—	VIII. 34.
79.	—	—	XV. 15.
80.	—	—	XII. 16.
81.	—	—	XIII. 9. IV. 10. XV. 54.
82.	—	—	XV. 48.
83.	—	—	XI. 6.
84.	—	—	XIV. 15.
85.	—	—	XIV. 38.
86.	—	—	XIV. 49.
87.	—	—	VI. 12. XII. 19.
88.	—	—	V. 4.
89.	—	—	IV. 11.
90.	—	—	XIV. 32.
91.	—	—	VI. 2. II. 12. II. 6.

II. F. 92.	bei	Baraterius	X. 10. XV. 24.
93.	—	—	X. 14.
94.	—	—	XIII. 6.
95.	—	—	XIV. 7.
96.	—	—	XII. 5.
97.	—	—	X. 7. VIII. 31.
98.	—	—	XIV. 44.

Die anderweitigen Extravaganten (welche zugleich die zweite Sammlung ausmachen) sind bei Baraterius nicht anzutreffen.

IV. Schlußbemerkungen.

Zu wiederholten Malen hat im Vorstehenden der Reconcinnationen des Minuccius und Baraterius erwähnt werden müssen. Viele Feudisten legen diesen Werken einen hohen kritischen Werth bei, und behaupten, daß ein Herausgeber der Consuetudines feudorum sie durchgängig berüksichtigen müsse. Diese Meinung dürfte aber verwerflich sein. Denn nicht zu gedenken, daß schon die Entstehungszeit beider Reconcinnationen [19]) nichts weniger als durch Kritik ausgezeichnet war, so haben ja Minuccius und Baraterius den Text sehr willkürlich behandelt, die verschiedenen Kapitel zerrissen, und einzelne Worte, oder gar ganze Säze fast den meisten Fragmenten entweder eingeschaltet, oder daraus weggelassen. Das, was sie liefern, verdient in der That öft nur den Namen einer bloßen Paraphrase des Urtextes. Wo es daher so viele Hand-

19) Sie gehören bekanntlich der ersten Hälfte des funfzehnten Jahrhunderts an.

schriften des echten Textes gibt, als bei den ordentlichen Kapiteln, darf man die Werke beider in der Regel füglich unbeachtet lassen. Daß Baraterius bei den Extravaganten nicht vernachlässigt werden darf, hat blos in der Zufälligkeit seinen Grund, daß hier an anderweitigen Handschriften Mangel vorhanden ist.

V.

De dignitate hominum Anglo-Saxonum.

Mitgetheilt von Herrn **Dr.** J. M. Lappenberg,
Archivarius in Hamburg.

Bei dem seit einigen Jahren in Deutschland erwekten Interesse für angelsächsisches Recht darf der folgende zum ersten Male gedrukte Aufsaz über die Rechte der Hörigen bei den Angelsachsen erwarten, einigeu unserer Landesleute nicht unwillkommen zu sein. Er enthält viele Bestimmungen, welche in den uns bekannten angelsächsischen Gesezen sich nicht finden, und ist wahrscheinlich eben aus diesem Grunde niedergezeichnet, um als Instruction für wandernde angelsächsische oder normannische Richter zu dienen. Wir erkennen aus demselben den genau geregelten Zustand jenes Volkes bis zu der lezten Classe lezten Gliedern hinab, zugleich auch die Mannigfaltigkeit der Rechte, welche durch die verschiedenen Volksstämme, die England bevölkert haben, daselbst lange erhalten ist.

Wir entlehnen diesen Aufsaz aus einer auf der hamburgischen Stadtbibliothek befindlichen Lindenbrogschen Abschrift der in das Lateinische übertragenen angelsächsischen Geseze, welche auf der ersten Seite die Ueberschrift hat: **Primus liber continet leges anglicas in latinum translatas. Secundus habet quaedam scripta temporis nostri necessaria. Tertius est de statu et agendis causarum.**

Quartus est de furto et partibus eius. (Cod. chart. 4o. 85 Blätter). Es folgen in der Handschrift die Geseze Knuds, Aelfreds, Inas, Aethelstanes, die iudicia ciuitatis Londoniae, die Geseze Eduards, Aethelreds, das Senatus Consultum de monticolis Walliae und einige kleinere, sämmtlich, bis auf das hier mitzutheilende, durch den Druk längst bekannte Stücke; größtentheils in der in Bromton's Chronik enthaltenen Uebersezung, doch zuweilen mit nicht unbedeutenden Varianten. Auch findet sich eine Uebereinstimmung mit dem von Wilkins in seinen leges Anglosaxonicae, p. 270. Note, angeführten Codex von St. James.

Der Inhalt der vor uns liegenden Handschrift umfaßt nur das erste der in dem Titel angegebenen Bücher, so daß die kürzlich angeregte Nachfrage nach den drei lezten für die englische Rechtsgeschichte vermuthlich höchst lehrreichen Büchern noch unerledigt bleibt [1]).

Auf verschiedene an Engländer von ausgezeichneten rechtshistorischen Kenntnissen gerichtete desfalsige Anfragen müssen wir den nachstehenden Aufsaz als bisher ungedrukt betrachten. Ganz kürzlich hat jedoch Sir Henry Ellis, während des Druckes seiner so eben erschienenen General Introduction to Domesday Book (2 Vol. 1833. 8vo.) eine ähnliche Entdeckung gemacht. Derselbe fand in der Handschrift: Titus A. VIII. (wie er S. 425., oder A. XXVII. wie er S. 453. vermuthlich richtiger angiebt) eine Art Glossar, wie er es nennt, über alte Dienste, in welcher eine Abschrift sich befindet: De Geburi consuetudine. Sir Henry Ellis folgert das hohe Alter dieses Glossars aus einer angelsächsischen Ueberſezung desselben im Corpus-Christi-College zu Cambridge. In den

1) S. Cooper on public records. T. II. pag. 412.

Noten seines neuen Werkes werden einige Auszüge jenes Glossars gegeben, welche wir mit unserm Texte genau verglichen und die Varianten angegeben haben. Bei einigen derselben ist der Text von Ellis ersichtlich richtig; bei der Mehrzahl scheint der unsrige besser.

De Dignitate Hominum.

Taini lex est, ut sit dignus rectitudine testamenti sui, et ut ita faciat pro terra sua, scilicet expeditionem, burhbotam et brugbotam. Et de multis terris maius landi rectum exurgit ad bannum Regis, sicut est deorbege [1]), ad mansionem regiam, et sceorpum in hosticum, et custodiam maris et capitis et pacis et elmesfeoh, id est pecunia elemosynae, et ciricsceatum, et aliae res multimodae.

Villani rectum est uarium et multiplex, secundum quod in terra statutum est. In quibusdam terris debet dare [2]) langablum et garsswin [3]), id est porcum herbagij, et equitare uel [4]) aueriare, et summagium ducere, operari, et dominum [5]) suum firmare, metere, et falcare, deorhege caedere [6]) et stabilitatem [7]) obseruare, aedificare et circumsepire, nouam faram adducere, ciricsceatum dare et aelmesfeoh [8]), id est pecuniam eleaemosynae, heafodwardam custodire, et

1) Leg. deorhege.
2) dari Ellis.
3) gerswin E.
4) et E.
5) dominium E.
6) de orhege cedere E.
7) stabilitam E.
8) elmesfeth E.

horswardam, in nuntium ire longe uel prope, quocunque dicetur ei.

Cotsede rectum est iuxta quod in terra constitutum est. Apud quosdam debet omni die Lunae per anni spacium operari domino suo et tribus diebus una quaque septimana in Augusto. Apud [9]) quosdam operatur per totum Augustum omni die, et unam acram auenae metit pro diurnale opere. Et habeat garbam suam, quam praepositus uel minister domini dabit ei. Non dabit landgablum. Debet habere quinque acras ad perhabendum, plus si consuetudo, opus est operis [10]) illius, det super heordhpenig in secundo [11]) die Iouis, sicut omnis liber facere debet. Et adquietet inland domini sui, si [12]) submonitio fiat de sewarde, id est de custodia maris, uel [13]) de Regis deorhege, et ceteris rebus, quae suae mensurae sunt, et det suum cyricsceatum [14]) in festo sancti Martini.

Geburi consuetudines inueniuntur multimodae, et ubi sunt leuiores aut mediae. In quibusdam terris operatur opus septimanae duos dies; sic opus, sicut ei dicetur, per anni spacium omni septimana, et in Augusto III. dies pro septimanali operatione, et a festo candelarum ad usque Pascha III. Si aueriat, non cogitur operari, quamdiu equus eius foris moratur. Dare debet in festo Scti. Michaelis X. d̄. de gablo, et sancti Martini die XXIII. et festarium or-

9) et apud E.

10) consuetudo sit ibi et parum minus (nimis?) est, si minus sit quod deseruit, qui sepius est operi E.

11) sancto E.

12) si omittit E.

13) ut E.

14) scyrisceatum E.

dei. et II. gallinas. Ad Pascha unam ouem iuuenem uel II. d̄. Et iacebit a festo sancti Martini usque ad Pascha ad faldam domini sui, quotiens ei pertinebit. Et a termino quo primitus arabitur, usque ad festum Sti Martini arabit unaqueque septimana unam acram; et ipse parabit semen [15]) domini sui in horreo. Ad haec tres acras precum, et duo [16]) de herbagio. Si plus indigeat herbagio, arabit proinde, sicut ei permittatur [17]). De aratura gabli sui, arabit tres acras, et seminabit de horreo suo et dabit suum heordhpenig. Et duo et duo pascant [18]) unum molossum, et omnis geburus det VI. panes porcario curiae, quando gregem suum minabit in pastinagium. In ipsa terra uero haec consuetudo stat [19]). Moris est ut ad terram assidendam dentur ei II. boves, et una uacca, et VI. oues [20]), et VII. acrae seminatae, in sua uirgata terrae [21]). Post illum annum faciat omnes rectitudines, quae ad eum adtinent, et committantur ei tela ad opus suum, et suppellex ad domum suam. Si mortem [22]) obeat, rehabeat dominus suus omnia. Haec consuetudo stat in quibusdam locis et alicubi est, sicut predíximus, grauior, et alicubi leuior, quia omnium terrarum instituta non sunt aequalia. In quibusdam locis gebur dabit hunigablum; in quibusdam ealagablum. Videat qui scyram tenet, ut semper sciat,

15) seminem E.
16) acras, pratum et ouas E.
17) permittetur E.
18) et duo pascant E.
19) In ista terra ubi haec c. s. moris est E.
20) boues E.
21) terra E.
22) morte E.

quae sit antiqua terrarum institutio uel populi consuetudo.

Bochero, id est apum custodi, pertinet, si gauelheorde, id est gregem ad censum, teneat, ut inde reddat, sicut ibi moris [23]) erit. In quibusdam locis est institutum, reddi VI. sestaria mellis ad censum, in quibusdam locis plus gabli redditur. Et aliquotiens etiam debét esse paratus ad multas operationes uoluntatis domini sui, et ad ben yrdhe, it est araturam precum [24]), et ben ripe, id est ad preces metere [25]) et pratum falcare. Et si bonam terram habet [26]), equum habeat, quem ad summagium domini sui praestare [27]) possit, uel ipse minare quocunque dicatur ei. Et huiusmodi plurima facienda sunt ei, quae modo nequeunt enarrari. Cum finis eum demediabit, habeat dominus quod [28]) relinquet, nisi forte liberum aliquid intersit.

Gafolswane, it est ad censum porcario, pertinet, ut suum [29]) occisionem det, secundum quod in patria statutum est. In multis locis stat, ut det singulis annis XV. porcos ad occisionem: X. ueteres, et V. iuuenes: ipse autem habeat [30]) superaugmentum. In multis locis est seruulis rectum porcarij [31]). Vidit etiam porcarius, ut post occisam ipsam, por-

---

23) mos E.
24) parcum E.
25) metare E.
26) habeaut E.
27) parare E.
28) demediabitur quod E.
29) suam E.
30) hanc E.
31) seruilius est rectum porcari E.

cos occisos bene correddiet et suspendat, et tunc [32]) habeatur dignus opera sua. Etiam erit sicut de custode apum diximus, multis operibus frequentatus. Et equum habeat, in opus domini sui.

Seruus porcarius, et seruus custos apum post obitum suum sint unius legis digni. Aetheswane [33]), id est seruo porcario, qui dominicum gregem curiae custodit, pertinet habere stiferh, id est porcellum de sude et suum gewirce quando bacones suos bene corrediauerit, et amplius eas rectitudines, quae seruo iure pertinent.

Vni aesno, id est inopi, contingunt ad uictum XII. pondia bonae annonae, et duo scaepe teras, id est ouium corpora, et una bona conuictualis uacca. Esarticare iuxta situm terrae.

Vni ancillae VIII. pondia annonae] ad uictum, unam ouem, uel II. d̄. ad hyemalem [34]) companagium, I. sestarius fabae, ad quadragesimalis [35]) conuictum. In aestate suum hweig, uel unum denarium.

Omnibus ehtemannis iure competit natalis firma, et paschalis sulh aecer, id est carruce acra et manipulus Augusti in augmentum iure debiti recti.

Folgario competit, ut in duodecim mensibus II. acras habeat, unam seminatam, aliam non: sed idem seminet eam et uictum suum et calciamenta debet habere et chyrothecas. Si plus deseruit, ipsi commodum erit.

Saedere, id est seminatori, pertinet ut habeat

---

32) Item E.

33) Ahte swane E.

34) hyemale E.

35) quadragesimale E.

unoquoque sementis tempore I. leap fulne, quando semen omne bene seminauerit in anni spacio.

Bubulco licet adherbare duos boues, et alicubi plus, cum grege domini in communibus pascuis, per testimonium tamen aldremanni sui. Deseruiat per id calceos et chyrothecas sibi; et eius metecu, id est uictus sui uaccam, licet ire cum bobus domini.

Vaccarij rectum est, ut habeat lac uaccae ueteris VII. noctibus, postquam enixa erit, et primitiuarum histinguium XIIII. noctibus et eat eius uacca cum uaccis domini.

Pastoris ouium rectum est, ut habeat dingiam XII. noctium in natali d̄. et unum agnum de iuuentute hornotina, et unum belflis, id est timpani uellus, et lac gregis sui VII. noctibus ante aequinoctium, et blede, id est, cuppam plenam mesguij, de siringia tota aestate.

Caprario conuenit lac gregis sui post festum sancti Martini, et antea pars sua mesguij, et capritum anniculum, si bene custodiat gregem suum. Caseum facienti reddere conuenit centum caseos, et ut butyrum faciat ad mensam domini sui de siringie, et habeat sibi totam siringiam praeter partem pastoris.

Berebreto, id est horreario, pertinet habere crodinum ad ostium horrei in Augusto, si Aldremannus suus ei concedat, et idem fideliter deseruiat.

Bedello pertinet ut pro seruitio liberior sit ab operatione, quam alij homines, quia saepius est impeditus. Etiam ei conuenit, ut aliquam terrae portiunculam habeat pro labore suo.

Wudeward, id est custodi nemoris uel forestario, iure conceditur lignum omne uento deiectum:

ei wardo pertinet sto [36]) ut merces laboris eius compensetur in eam partem segetis, quae pascuis adiacet. Quia scire debet, si minus hoc seruabit, dampnum segetis imputabitur illi. Et si aliqua terrae portiuncula permittatur ei secundum ius publicum, debet esse uicina compascuis, ut si per desidiam eius seges infestabitur, a suo primitus expectetur.

Leges et consuetudines terrarum sunt multiplices et uariae, sicut praelibauimus, nec sancitum super omnes dicimus generale. Notificamus tamen quid in quibusdam locis sit obseruare, si melius innotescat, gaudenter amplectimur, et custodiri uolumus, iuxta mores populi, cum quo tunc habitabimus. Leges debet in populis libenter addiscere, qui non uult in patria solus [37]) amittere. In quibusdam locis datur firma natalis Domini, et firma Paschalis et firma precum ad congregandas segetes, et gutfirma ad arandum, et firma pratorum foenandorum, et hreaccroppum, id est macoli summitas, et firma ad macholum faciendum, in terra nemorosa lignum plaustri, in terra uberi caput macholi. Et alia plurima fuerunt a pluribus, quorum hoc uiaticum sit, et quod supra diximus.

36) Sic MS. Fortasse: Scilicet. [Vel isto, pro istud. Bl.].
37) [salus? Blume].

VI.

Ueber das Wesen der actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensaz der in personam und in rem actio.

Aus dem Nachlaß des jüngeren Hasse.

(Schluß von Num. I.)

Cap. IV. Von der in rem actio.

Das Wesen der **in rem actio** ist bis jezt nur negativ gegen die in personam actio bestimmt worden. Der positive Gegensaz, durch den die Zusammenfassung aller Rechtsverhältnisse außer Obligatio dieser gegenüber, in der in rem actio Bedeutung erhält, ist der: Jede in personam actio bezwekt, daß das Recht, auf welches sie sich bezieht, die Obligatio, ihren End- und Zielpunkt erreiche. Solution ist es, die man verlangt, die Verwirklichung der Obligation geschieht in ihrer Aufhebung. Wird dagegen ein Recht außer Obligatio verfolgt, so kann dessen Verwirklichung nie in und durch seine Aufhebung erreicht werden, nicht diese will man durch den Urteilspruch bewirken, sondern daß das Recht über das Urteil hinaus als ein Anerkanntes und Ungestörtes fortbestehe.

Bei der in personam actio wird durch die Condemnatio die Verpflichtung des Beklagten, auf deren Aner-

kennung und Verwirklichung die Actio geht, in Form des Befehles, sie zu erfüllen, ausgesprochen. Die Condemnatio der Formel ist die Instruction zu dieser Condemnation als einer Handlung des Richters, beruhend, wie oben bemerkt wurde, auf dem in der Litis Contestatio liegenden Compromiss der Parteien. Für die in rem actio ist nur Eins oder das Andere möglich: entweder die Condemnatio kann wie Obligationen, so auch andre Rechte aussprechen; oder die Condemnatio ist ihrem Wesen nach der in rem actio fremd, denn diese hat mit Anerkennung von Obligationen nichts zu thun. Daß in der Condemnatio andre Rechte als Obligationen, z. B. Rechte an Sachen, ausgesprochen werden können, ist undenkbar, da sie nie etwas andres ist, als der Befehl, Geld zu zahlen. Ein solcher Befehl aber könnte das Vorhandensein eines dinglichen Rechts im Actor höchstens dann ausdrücken, wenn um Eigenthum an bestimmten Münzen gestritten würde; sonst nie, und ebensowenig jemals das Vorhandensein eines Status im Actor oder dergleichen. So bleibt nur, uns an das zweite Mögliche zu halten: die Condemnatio liegt ganz außer dem Kreise der in rem actio. Die Formel einer in personam actio ohne Condemnatio wäre ein Unding; dagegen wurde schon oben aus Gai. IV. 44. bemerkt, daß es Fälle gibt, wo die in rem actio keine Condemnatio in der Formel hat, wo also auch der Judex nie condemniren kan. Den da vorkommenden Präjudicien stehen in dieser Beziehung ganz gleich die Fälle, da jemand ein Sachenrecht verfolgt, weil es ihm bestritten wird, ohne daß es noch zu Thätlichkeiten gekommen ist. Es bleiben die Fälle übrig, wo ein solches Recht, Eigenthum oder ius in re, wirklich verlezt, der Zustand, der ihm entspricht, aufgehoben ist. Hier ist der Punkt, auf dem die Condemnatio als Handlung des Judex ein wesentlicher Bestandtheil der in rem actio und somit die Instruction zur Condemnatio

ein wesentlicher Bestandtheil ihrer Formel scheinen könnte, hier muß also auch gezeigt werden, daß dem doch nicht so ist, daß auch hier die Condemnatio mit der in rem actio nichts zu schaffen hat.

In der früheren Zeit des Formelprocesses ward jede in rem actio durch eine Sponsio eingeleitet. Gai. IV. 91. 93. sqq. Der Kläger, der, dessen Recht mit Wort oder That bestritten wird, läßt sich auf den Fall, daß dieses Recht, welches er behauptet, wirklich in ihm vorhanden sei, eine bestimmte Summe vom Gegner versprechen. Diese Summe klagt er dann ein. Der Richter condemnirt oder absolvirt, je nachdem er die Bedingung der Sponsio, das Dasein des Rechts im Actor, anerkennt oder nicht anerkennt. Die Intentio der Formel ist rein auf die Sponsionsverbindlichkeit gerichtet; das Recht, um dessentwillen die Sponsion eingegangen ward, kann nur als diese bedingend in der Demonstratio der Formel erscheinen; z. B. „Iudex esto. quod Aulus Agerius a Numerio Negidio „centum stipulatus est, si Stichus homo ex iure Qui„ritium Auli Agerii esset, qua de re agitur, si paret „Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare opor„tere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio cen„tum condemnato: si non paret absoluito". Der Form nach wird hier eine Obligatio geltend gemacht; dem Inhalte nach ist dieses die reinste, von fremdartigen Bestandtheilen freieste, wenn gleich nicht die vollständigste Erscheinung der in rem actio. Der Kläger will Anerkennung seines Eigenthums, diese allein und nichts weiter; er klagt zwar der Form nach eine Obligation ein, und die Condemnatio enthält die Verwirklichung dieser Obligation, aber diese Condemnatio ist als solche, als Befehl einer Leistung leer und bedeutungslos, die Sponsionssumme kann gar nicht aus dem Judicat eingeklagt werden, Gai. loc. cit. §. 94.; nur insofern hat sie Bedeutung,

als sie die Anerkennung des Eigenthums im Kläger anzeigt. Diese Anerkennung ist nicht in ihr als Condemnatio, als Befehl, zu leisten, ausgesprochen, denn die Pflicht dieser Leistung geht ja gar nicht aus dem Eigenthum hervor, und hat mit ihm nichts zu schaffen, sondern sie ist ein äußeres an sich gleichgültiges Zeichen davon, daß der Richter das Eigenthum des Klägers anerkant habe. Ebenso ist die Absolutio in dem, was sie ihrem Wesen nach ausdrükt (Absprechung der Pflicht, zu leisten), ganz gleichgültig, bedeutend als Anzeige, daß das Eigenthum dem Kläger abgesprochen sei.

Dies ganze Verfahren hatte dadurch etwas Unvollständiges, daß der Kläger damit wohl Anerkennung und Ausspruch seines Rechts erlangte, daneben aber nicht für dessen Verwirklichung gesorgt wurde. Er mußte sich deshalb gleich zu Anfang neben der formalen Sponsion in einer zweiten, auf den Ausgang der ersten gestellten, die Herausgabe der Sache cum omni causa pro praede litis et uindiciarum versprechen lassen. Condemnirte dann der Richter aus der ersten Sponsion und sprach damit das Vorhandensein des Eigenthums im Kläger aus, so condicirte dieser dem Beklagten, wenn er nicht gutwillig herausgab, aus der zweiten Sponsion. So konte man nur durch ein doppeltes Judicium den vollen Zwek der in rem actio, Ausspruch und Verwirklichung des Rechts, erreichen, und nicht einmal so vollkommen, denn auch aus der zweiten Sponsion konnte immer nur eine Geldleistung, nie Herausgabe der Sache selbst erzwungen werden. Es mochte ferner das Sponsionsverfahren deshalb nicht mehr ausreichen, weil es nur auf streng quiritarische Verhältnisse anwendbar war, und doch schon das Bedürfnis eines Schuzes für Verhältnisse, die nicht dahin gehörten, fühlbar wurde.

Um diesen Bedürfnissen abzuhelfen, stellte der Prätor

neue Formen für die in rem actio auf: die confessoria actio mit petitoria formula als allgemeine Form; für den Eigenthümer neben dieser die negatoria actio mit negatiua formula. Gai. IV, 92. §. 2. I. de act. und dazu Theophilus. Die Intentio lautet hier nicht wie bei dem Sponsionsverfahren auf eine Obligation, sondern unmittelbar auf das Recht, um welches es sich materiell handelt, und welches dort nur in der Demonstratio vorkam: in der petitoria formula positiv, in der negatiua formula negativ. In der confessorischen Eigenthumsklage hieß also die Intentio der Formel, die der Kläger edirte: si paret, rem meam esse, nicht mehr nothwendig ex iure Quiritium meam esse, in der negatorischen: si paret ius Numerio Negidio non esse in fundum meum immittendi, und danach ward die Formel zur Instruction des Judex abgefaßt.

Eine wichtige Neuerung, die durch die Aufstellung dieser Formeln eingeführt wurde, war ferner die, daß die Pflicht des Beklagten, wenn der Richter das Recht des Klägers anerkannt hatte, demgemäß die Sache herauszugeben, und so das Recht zu verwirklichen, dann aber auch allen Schaden zu ersezen, der ihm zugerechnet werden konnte, nicht mehr besonders durch Stipulation sollte begründet und in einem eigenen Judicium verfolgt zu werden brauchen; sondern daß sie von selbst eintreten und mit der Frage über das Recht selbst in einem Verfahren behandelt werden sollte. — Damit endlich diese Pflicht sich nicht wieder wegen der Beschränkung der Condemnatio nothwendig in eine Geldschuld auflöse, und so der Eigenthümer immer zu einem Verkauf seiner Sache gezwungen werde, erhielt der Judex auch hier das Arbitrium und in ihm das Recht, Restitution der Sache selbst und Ersaz des Schadens auf die Weise, welche er für die angemes-

fenste hielt, zu befehlen. Hiernach lautet dann die petitoria formula einer Eigenthumsklage so:

> Quod Numerius Negidius Stichum hominem possidet, qua de re agitur, si paret hunc hominem Auli Agerii esse, nisi eum Numerius Negidius [arbitratu tuo] 1) restituat, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito.

Diese Formel enthält nicht die Instruction einer Actio für sich, sondern zweier Actionen: einer in rem und einer in personam actio. Diese beiden in der Formel verbundenen Glieder wollen wir einzeln auszusondern und für sich hinzustellen versuchen. Wir halten uns bei dieser Zerlegung streng daran, daß die in personam actio Anerkennung und Verwirklichung einer Verpflichtung, Schaden gut zu machen, die in rem actio gar keine Verpflichtung, sondern hier Anerkennung und Verwirklichung des Eigenthums durch den Richter zum Gegenstande hat.

I. Die Formel der **in rem actio**. Ihr gehört an:

1) Demonstratio und Intentio. Leztere spricht die Behauptung des Rechts aus, dessen Anerkennung vom Richter gefordert wird (si paret hunc hominem Auli Agerii esse); erstere gibt an, warum man diese Anerkennung fordert, welche Bestreitung des Rechts es ist, die durch dieselbe aufgehoben werden soll (quod Numerius Negidius hominem Stichum possidet). Wird ein Präjudicium instruirt, in dem Sinne wie Gai. IV. 44. das Wort nimt, so kan die Formel nichts außer diesen Theilen, der Demonstratio und Intentio, enthalten. Z. B. etwa so: Judex esto. quod Numerius Negidius Aulum Agerium ex iure Quiritium suum esse ait, qua de re agi-

1) vgl. hierüber Bd. IV. S. 312 ff. dieser Zeitschrift. Blume.

tur, an pareat Aulum Agerium liberum esse, praeiudica. §. 13. I. d. actt. u. Theoph. z. dies. Stelle (εἰ φαίνεταί με ἐλεύθερον εἶναι in der Formel, die der Kläger edirt) oder blos die Intentio, z. B. Iudex esto. quanta dos sit, quam Titia Seio constituit, praeiudica, oder ähnlich. Zur Formel der Eigenthumsklage gehören

2) die das Arbitrium verleihenden Worte: nisi restituat zum Theil, insofern nemlich der Richter darin die Befugnis erhält, Herausgabe der Sache selbst und der noch vorhandenen Accessionen zu befehlen. Denn diese Herausgabe soll ja dazu dienen, das Recht des Klägers an der Sache zu verwirklichen, den Zustand hervorzubringen, der diesem Recht entspricht, und das ist neben der Anerkennung des Rechts Zwek der in rem actio. Wollen wir für unsern Fall die der in rem actio angehörigen Stücke herausziehen, und diese rein für sich hinstellen, so würde die Formel etwa so lauten müssen: Iudex esto. quod Numerius Negidius Stichum hominem possidet, qua de re agitur, si paret hunc hominem Auli Agerii esse, iudex eum hominem Numerium Negidium Aulo Agerio restituere iubeto; was denn freilich so nicht vorkommt.

II. Die Formel der in personam actio und zwar eine formula arbitraria in factum concepta. Ihr allein gehört die Condemnatio an, die wie in jeder Formel dieser Art lautet: quanti ea res erit. Gai. IV. 51. L. 71. d. R. V. Die charakteristischen Worte der arbitraria formula: nisi restituat sind ihr mit der in rem actio gemein. Der in personam actio gehören diese Worte in ihrem ganzen Umfang an, denn der Gegenstand der Obligation, welcher durch die in personam actio verwirklicht werden soll, ist Herausgabe der Sache mit allen Accessionen und Ersaz alles zurechenbaren Schadens, und diese ganze Leistung aufzulegen, wird der Richter durch jene Worte berechtiget. Alle diese Prästationen gehen

ja dahin, die Unrechtlichkeit gut zu machen, daß eine Sache, die nach dem Recht dem Eigenthümer unterworfen sein mußte, einem Andern unterworfen ist und eine Zeitlang gewesen ist. Die Herausgabe der Sache hat also eine doppelte Bedeutung; es wird durch sie die Verwirklichung des Eigenthums vermittelt, und insofern ist es eine Function der in rem actio, sie zu bewirken. Dann ist sie aber auch Mitinhalt der Obligation, welche an den Besitz einer fremden Sache geknüpft ist, und insofern gehört sie der in personam actio an. Dagegen hat die Leistung des Schadensersatzes allein diese leztere Bedeutung, und darum hat die in rem actio mit ihr nichts zu thun. Die in personam actio, welche durch die in der petitoria formula enthaltene formula in factum concepta instruirt wird, ist eine prätorische in factum actio. Die Verpflichtung nemlich, die Unrechtlichkeit, welche in dem Besiz einer fremden Sache liegt, durch Restitution aufzuheben, ist nicht aus dem Civilrecht hervorgegangen; wir sahen, daß, so lange noch die in rem actio allein durch Sponsion eingeleitet ward, diese Verpflichtung durch eine eigne Stipulation jedesmal besonders hervorgebracht werden mußte. Der Prätor knüpft jene Pflicht unmittelbar an das Factum des Besizes einer fremden Sache, indem er, ohne daß eine solche Sponsion geschehen, in der petitoria formula neben der in rem actio eine in personam actio instruirt, die eben auf jene Restitution gerichtet ist. Da die Formel der in personam actio eine in factum concepta ist, so muß ihre Intentio auf das Factum des Besizes einer fremden Sache gehen; und so ergibt sich, daß die Theile der petitoria formula, die nach dem Obigen die Demonstratio und Intentio der in rem actio ausmachen, zusammen die Intentio der in personam actio bilden. Es heißt da: quod Numerius Negidius Stichum hominem possidet, si paret hunc ho-

minem Auli Agerii esse. Als Intentio für die arbiträre Formel der in personam actio würde das zusammengezogen heißen: si paret Numerium Negidium hominem Auli Agerii possidere. Für die in rem actio waren es die Worte „rem Auli Agerii esse," worauf es ankam, denn Eigenthum wurde intendirt; die Demonstratio quod Numerius Negidius ... possidet diente nur dazu, die Veranlassung der in rem actio darzulegen, zu zeigen, wie und von wem das Recht des Agerius bestritten sei. Hier in der Formel der in personam actio wandelt sich die Demonstratio in den Kern der Intentio um. An das Factum, daß Negidius eine Sache besizt und besessen hat, die nicht ihm, sondern dem Agerius gehört, daß er also in einem Verhältnis zu der Sache ist, welches dem Recht des Eigenthümers widerstreitet, knüpft der Prätor die Obligation, allen aus dieser Unrechtlichkeit erwachsenen Schaden, insofern er zugerechnet werden kan, zu ersezen. Würde die petitoria formula gegen den angestellt, der als Besizer fingirt wurde, weil er böswilliger Weise sich außer Stand gesezt hätte, zu restituiren, so würde Demonstratio und Intentio der in rem actio lauten müssen: quod Numerius Negidius dolo fecit, quominus Stichum hominem possideret, qua de agitur, si paret hunc hominem Auli Agerii esse; als Intentio der in personam actio auf Ersaz ausgedrükt: si paret Numerium Negidium dolo fecisse, quominus hominem Auli Agerii possideret. Um also die in der petitoria formula enthaltene Formel der in personam actio für sich erscheinen zu lassen, bedarf es nicht, wie für die Formel der in rem actio eines Zerlegungsverfahrens, denn alle Theile der petitoria formula sind zugleich Theile von ihr, und fassen wir das, was in der petitoria formula als Demonstratio und Intentio erscheint, auf die angegebene Art als Intentio zusammen, so drükt die ganze petitoria formula

zugleich die ganze formula in factum concepta der in personam actio vollständig aus.

Es könnte hienach der leztere als der Hauptbestandtheil der petitoria formula erscheinen, und doch wird der erstere als ihr Wesen und Charakter angesehen. Dies Verhältnis gründet sich auf das Verhältnis der beiden Sponsionen, die durch Aufstellung der petitoria formula ersezt werden sollten; auch da erschien ja die formale Sponsion als Hauptsache, die sponsio pro praede litis et uindiciarum nur als Anhang. Auf diesem Umstande beruhet zweierlei:

1. Daß das Verfahren der petitoria formula für eine in rem actio erklärt wird, da doch auch eine in personam actio mit darin enthalten ist;

2. was hieraus nothwendig folgt, daß die petitoria formula für in ius und nicht in factum concepta erklärt ward. Gai. IV. 45. Denn für die in rem actio war sie wirklich in ius concepta; ihre Intentio ging da unmittelbar auf ein Recht, das Eigenthum des Klägers. Nur die als Anhang dieser betrachtete in personam actio hatte eine formula in factum concepta: nicht daß er Eigenthümer der vom Beklagten besessenen Sache sei, intendirte hier der Kläger, sondern daß der Beklagte die ihm gehörige Sache besize.

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß eine directe Erzwingung der Restitution früher für die petitoria formula als für die abgesondert erscheinenden in personam actiones eingeführt worden sei. Streng nachweisen läßt sich das wohl nicht, ist es aber wahr, so liegt der Grund darin: Der Restitutionsbefehl hat, wie wir sahen, im Verfahren mit der petitoria formula eine doppelte Stellung; er gehört der in personam actio an, insofern in ihm die vom Prätor anerkannte Pflicht des Besizers einer fremden Sache, diese herauszugeben, ausgesprochen wird. In

diesem Gebiete hat es ganz dieselbe Bedeutung, die es in den abgesonderten in personam actiones, der actio ad exhibendum, depositi u. s. w. hat. Dann aber ist er zweitens auch eine Function der in rem actio, und hier stellt er sich anders. Die Restitution hat hier den Zwek, das Eigenthum des Klägers zu verwirklichen, den Zustand hervorzubringen, welcher seinem Eigenthum entspricht, nemlich das Unterworfensein der Sache unter seinen Willen. Auf welche Weise dieser Zustand bewirkt werde, ist gleichgültig, er kan durch die befohlne Handlung des Beklagten, er kan aber eben so gut durch unmittelbaren richterlichen Zwang hervorgebracht werden. Nicht die Handlung des Beklagten ist es, die den Inhalt des verfolgten Rechts, des Eigenthums, ausmacht, sondern das Verhältnis der Sache zum Willen. Dieses Verhältnis soll die Handlung der Herausgabe nur vermitteln, und da dasselbe eben so gut durch Anwendung von Gewalt vermittelt werden kann, so wird jene durch diese vollkommen ersezt. Nicht so verhält es sich mit der in personam actio. Auch hier hat der Restitutionsbefehl die Verwirklichung des vom Arbiter anerkanten Rechts, der Obligatio, zum Zwek; aber der Inhalt des Befehls und der Inhalt des Rechts sind hier identisch. Beide, Befehl und Recht, gehen auf die Handlung des Beklagten. Die Obligatio wird in der Handlung, nicht wie das Recht an der Sache erst vermittels der Handlung verwirklicht. Richterlicher Zwang kan daher hier nie ganz den Inhalt des Restitutionsbefehls ersezen. Nimmt der Richter dem Beklagten mit Gewalt weg, was er mir zu leisten schuldig war, und gibt es mir, so erhalte ich allerdings, was ich durch die Obligatio am Ende erhalten wollte, aber diese selbst wird nicht verwirklicht, denn sie wird nicht auf die rechte Weise solvirt. Ihr Inhalt ist Handlung des Verpflichteten, das heißt eine erscheinende Willensbestimmung, und eben der

Wille ist ja im absoluten Zwang aufgehoben. Diese Natur der Obligationen ist recht klar und schön ausgesprochen von Paulus in L. 3. pr. d. O. et A.

> „Obligationum substantia non in eo con-
> „sistit, ut aliquod corpus nostrum faciat,
> „sed ut alium nobis obstringat ad dandum
> „aliquid uel faciendum uel praestandum."

Da es nun dem Recht näher liegen mußte, Zwang für die Fälle einzuführen, wo durch ihn die beabsichtigte Verwirklichung des Rechts vollkommen erreicht ward, als da, wo es immer nur ein Surrogat hervorzubringen im Stande war, so wäre hiemit der oben als wahrscheinlich aufgestellte Fortgang der Sache erklärt.

Neben der confessoria actio mit ihrer positiv auf das behauptete Recht lautenden Intentio gab der Prätor dem Eigenthümer für den Fall, daß der seinem Rechte entsprechende Zustand, der Besiz nicht gänzlich aufgehoben war, die negatoria actio mit einer negatiua formula. Von negatiua actio im Gegensaz zur confessoria actio sprachen wohl die Römischen Juristen nie. Die Florentina gibt diesen Ausdruk an einer Stelle L. 5. pr. si ususfr. pet. und soviel ich weis hier allein; auch an dieser Stelle liest die Vulgata und die Haloandrina: negatoria actio. Ist aber auch negatiua actio hier die rechte Lesart, so stammt sie doch wahrscheinlich von den Compilatoren, welche die negatiua formula, von der Ulpian sprach, aus leicht einzusehenden Gründen in eine negatiua actio verwandelten. Zu Justinians Zeit wurde negatoria und negatiua actio ganz willkürlich gewechselt; der leztere Ausdruk findet sich z. B. auch in §. 2. I. de actt. Das Eigenthümliche der negatoria ist, daß Freiheit des Eigenthums in der Intentio negativ behauptet wird, indem man das Recht des Andern leugnet, etwas das Eigenthum Störendes vorzunehmen. Ist noch keine solche

Störung wirklich geschehen, sondern nur gedroht, so wird hier, wie bei den Präjudicialklagen, Demonstratio und Intentio, oder leztere allein die ganze negative Formel ausfüllen; und so die in rem actio rein für sich ohne Zusaz von in personam actio erscheinen, z. B. Iudex esto. quod Numerius Negidius in fundo Auli Agerii aedificare parauit, qua de re agitur, an pareat ius Numerio Negidio non esse ita aedificare, iudica. Geht dagegen die negatoria auf schon geschehene Störung, so muß ihre Formel alle dieselben Theile haben, wie die positive Formel der Vindicationen: 1. die Demonstratio, um den Anlaß der Klage darzulegen; 2. die hier negativ gefaßte Intentio; 3. die Condemnatio, bedingt durch die vorhergehenden Worte: nisi restituat. Die Restitution geht hier auf das Wegnehmen alles dessen, was gegen das Recht des Eigenthümers in seine Sache einwirkt, und auf Ersaz des zugefügten Schadens. Hier hat denn die negative Formel ganz dieselben beiden Bestandtheile, die bei der petitoria formula näher erörtert wurden.

Zu Gajus' Zeit kamen noch beide Arten des in rem agere, das Sponsionsverfahren, und die petitoria und negatiua formula vor. Des ersteren bediente man sich vielleicht nach dem Aufkommen des lezteren hauptsächlich dann, wenn dem besonderen Falle nach das Arbitrium und der Restitutionsbefehl keine Bedeutung hatte, z. B. für die Präjudicien. Hier bedurfte es ja auch der sponsio pro praede litis et uindiciarum nicht, und das stricte Verfahren mit der certa formula mochte seine Vortheile haben. Daß zur Zeit, da Gajus schrieb, die petitoria formula weit gebräuchlicher war, und man bei in rem actio vorzüglich an sie dachte, ist schon daraus zu ersehen, daß dasjenige, was Gaius IV. 3. über in rem actio sagt, nur auf das Verfahren mit der petitoria formula paßt. Wahrscheinlich ist die Entgegensezung von

in personam und in rem actio überhaupt nicht älter als das Aufkommen der petitoria formula. Erst dadurch, daß sich der materielle Unterschied beider auch formell darstellte, wurde gewiß jene klare Sonderung bewirkt. Dagegen mag die Definition von Actio „est ius persequendi iudicio quod sibi debetur" aus einer Zeit herrühren, wo jede Actio noch die Gestalt einer in personam actio trug; nachher ward sie als eine herkömmliche beibehalten. Als solche erscheint sie durch die Uebereinstimmung, mit der sie von verschiedenen Juristen gegeben wird. Bei Gajus stand sie sicher am Anfang des 4ten Buchs der Institutionen, wie im princip. des Justin. Institutionentitels de actionib. Celsus gibt sie wörtlich wieder in L. 51. de O. et A.

Im Sponsionsverfahren hatte, wie wir sahen, die Condemnatio und Absolutio, die der Richter da aussprach, für die in rem actio eine äußere Bedeutung: sie diente als Zeichen, daß der Richter das Recht im Kläger anerkant oder nicht anerkant habe, wenn auch ihr Inhalt mit diesem Recht gar nichts zu thun hatte. Ward dagegen die in rem actio durch die petitoria oder negatiua formula instruirt, so konnte die Condemnatio für sie auch diesen äußeren Werth nicht haben, da das Verfahren mit diesen Formeln von jeher den Charakter eines absolutorium iudicium haben mußte. Mit diesem Ausdrucke wird, wie wir schon vor der Entdeckung des Gajus aus §. 2. I. d. perpet. et temporal. wußten, die Pflicht des Richters bezeichnet, den Beklagten zu absolviren, wenn er noch während des Processes seinen Verpflichtungen gegen den Actor nachgekommen ist; wo also, wenn man streng auf den Punkt der Litis Contestatio sehen wollte, condemnirt werden mußte. Bei in rem actio durch Sponsion konnte von absolutorium iudicium nicht die Rede sein, denn die da vorkommende Condemnatio bezog sich gar nicht auf die Befriedigung des Actor in Betref seines

Rechts, es konnte daher auf jene keinen Einfluß haben, ob diese erfolgt war oder nicht; nur Ausspruch des Rechts, nicht dessen Verwirklichung hatte die Condemnatio zum Zwek. Ebensowenig aber konnte jener Begrif für die in personam actiones aufkommen, so lange sie nur noch eine formula in ius concepta hatten. Die absolutorische Natur der iudicia ward erst durch das Aufstellen der arbitrariae formulae ins Leben gerufen. Hier hieß es nicht mehr: quod deposuit, quidquid dari fieri oportet condemna, sondern es ward die Befugnis zu condemniren bedingt durch die Worte: nisi restituat, und ihr Inhalt ward nicht auf die Zeit der Litis Contestatio gestellt, es hieß nicht: quanti ea res est, sondern: quanti ea res erit. Ebenso heißt es in der petitoria formula nicht: si paret rem Auli Agerii esse, condemna, sondern auch hier wird Nichtrestitution als zweite Bedingung der Condemnation hinzugefügt. Wir sehen aus Gaius IV. 114., daß die Schulen über die Ausdehnung der absolutoria iudicia stritten; die Sabinianer wollten ihn in weiterem Umfange ausdehnen als die Proculianer. Vermuthen läßt sich, und die leserlichen Zeichen der lückenhaften Stelle scheinen dieser Annahme günstig, daß die Proculianer sich an die Formeln hielten, und demgemäß den Saz der absolutoria iudicia nur bei arbiträren Formeln angewendet wissen wollten. Die Sabinianer dagegen, das wird ausdrüklich bei Gaius l. c. und in der citirten Institutionenstelle gesagt, dehnten ihn auf alle iudicia, also auch auf die in personam actiones, die durch eine formula in ius concepta instruirt waren, aus; im Justinianischen Recht, wo die Formel nicht mehr im Wege stand, hatte diese Annahme natürlich gar keine Bedenklichkeit mehr, und sie ist daher die recipirte. Durch jene Ausdehnung konnten auch die nicht mit einer arbiträren Formel instruirten iudicia nachträglich einen arbiträren Charakter

erhalten, denn der Judex mußte ja nun, wenn der Beklagte behauptete, seine Verpflichtung gegen den Kläger nach der Litis Contestation erfüllt zu haben, und der Kläger dem widersprach, als Arbiter entscheiden, welche Prästationen zu einer solchen Erfüllung hinreichten. Nur daß hier sein Arbitrium nicht als Befehl eines zukünftigen, sondern als Urtheil über eine geschehene Leistung ausgesprochen ward. Es könnte scheinen, als wenn für einige Fälle der Saz der absolutorischen Judicia doch schon vor Einführung der arbiträren Formeln, und vor dem Formelproceß überhaupt müsse gegolten haben: für die Noxalklagen und die actio si quadrupes pauperium fecisse dicatur nemlich, die ja schon durch die XII Tafeln und die Lex Aquilia eingeführt waren. Es gilt für sie, nachdem die arbitraria formula auf sie angewandt ward, allerdings der Saz, daß der, welcher den schuldigen Sklaven herausgab, absolvirt ward, darauf wurde die Condemnatio gestellt: nisi noxae dederit condemna. §. 31. I. d. act. Aber dies ist durchaus nicht die ursprüngliche Bedeutung der noxae datio; sie trat im Sinne der XII Tafeln und der Lex Aquilia immer erst nach der Condemnatio zur Befreiung von der auf die Litis Aestimatio gerichteten iudicati actio ein, sie war pro solutione. Es versteht sich, daß sie diese Wirkung auch behielt, nachdem es eingeführt war, daß man sich durch sie von der Condemnatio ganz befreien konnte. L. 6. §. 1. de Re iud. L. 1. L. 19. pr. de noxal. actt. L. 58. d. R. V. [1]) —

1) Ich kenne nur einen Fall im neueren Recht, der mit der noxae datio in der ursprünglichen Bedeutung zu vergleichen ist, d. h. einen Fall, wo man sich nach der condemnatio durch eine andre und zwar hier durch eine geringere Leistung als die befohlne befreien kann. Es ist der Fall der L. 16. §. 6. d. pignorr. Der debitor ist mit der hypothecaria belangt und in eine größere Summe, als Schuld mit Zinsen beträgt, verurteilt worden, z. B. indem der Kläger zum in litem iuram. gelassen worden ist. Hier soll sich der Schuldner durch Zahlung der Schuld mit Interessen von der iudicati actio befreien können.

Für das Verfahren mit der petitoria und negatiua formula war es wohl nie bestritten, daß der Richter absolviren mußte, wenn der Beklagte seinem Restitutionsbefehl nachgekommen war. Der Restitutionsbefehl enthielt das Judicatum für die in rem actio, nicht die Condemnatio oder Absolutio. Wie daher, nach den von Keller Lit. Cont. §. 36. S. 297. angeführten Stellen, eine Absolutio, die deshalb geschah, weil der Beklagte nicht Besizer sei, diesem in Hinsicht auf den Grund der in rem actio, auf die Behauptung des Eigenthums, keine exceptio rei iudicatae geben konnte, so mußte dagegen für den Kläger, wenn sein Eigenthum vom Richter anerkant war, obschon dieser den Beklagten absolvirt hatte, weil er dem Restitutionsbefehl nachgekommen, alle Wirkungen der res iudicata, namentlich, wenn der jezige Beklagte einmal künftig von ihm vindiciren sollte, die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function, wie Keller es genant hat, eintreten. Da nicht mehr Condemnatio oder Absolutio das iudicatum, das iudicium für die in rem actio sind, sondern der diesen vorausgehende Ausspruch, so kommen jene Ausdrücke auch häufig in der classischen Zeit für diesen vor, so L. 27. §. 1. §. 4. de R. V.

Sobald von der Condemnatio und Absolutio der Begrif der res iudicata auch auf den Ausspruch des Richters, durch welchen ein Sachenrecht anerkant oder aberkant ward, übertragen war, so mußte von da an nothwendig auch das die res iudicata vertretende iusiurandum delatum, welches vor dieser Ausdehnung des Begrifs von res iudicata, wie diese selbst nur ein certum dari oportere oder non dari oportere zum Gegenstand haben konte (vgl. L. 9. §. 1. §. 5. L. ult. §. 2. d. iureiur.), unmittelbar auf Dasein oder Nichtdasein eines Sachenrechts gestellt werden können. So finden wir es in L. 9. §. 7. L. 11. pr. §. 1. §. 2. d. iureiur. (beide

von Ulpianus), und dies bestätigt wieder durch einen Rükschluß, daß jener Ausspruch des Richters eine wahre res iudicata war.

Wie in der petitorischen und negativen Formel mit der in rem actio eine in personam actio zu einem Judicium verbunden ist, so kan auch eine in personam actio, um es so auszudrücken, nebenher die Function einer in rem actio übernehmen. So vertritt z. B. die ui bonorum raptorum actio, auf das Vierfache gegen den angestellt, welcher die geraubte Sache noch besizt, zugleich die Stelle der rei uindicatio. Immer kam es, wenn so mit einer Formel eine Obligatio und ein andres Recht zugleich verfolgt wurden, um der Actio Namen und Farbe zu geben, darauf an, welche der beiden Functionen als die wesentliche betrachtet ward, und darüber bildete sich für jedes Genus von Fällen eine bestimmte Ansicht. Es kan so vorkommen, daß die Function, welche den Charakter der Actio als eine in rem oder als in personam actio bestimmt hat, im einzelnen Falle gerade die unbedeutendste ist; z. B. ich vindicire eine Sache, die sehr kostbar war, von dem Besizer aber culpos auf einen Werth, der dem Nichts sehr nahe kommt, reducirt ist. Hier ist offenbar die Forderung des Schadensersazes, also die in personam actio Hauptsache, und doch bleibt die Vindicatio eine in rem actio. Ja es gibt Fälle, wo das, was als Wesen der Formel behandelt wird, gar keine Wirklichkeit hat, sondern erst durch positive Fiction hervorgerufen wird, damit der andre Theil daran geknüpft werden könne; namentlich wenn eine uindicatio gegen den angestellt wird, in dem das Recht den Besiz fingirt, weil er die Sache böswillig zerstörte. Es wird hier Eigenthum an einer gar nicht mehr existirenden Sache behauptet, nur um zum Ersaz des Schadens zu gelangen.

Cap. V. Von den actiones quae mixtam causam habent.

Einige Actionen gibt es im Römischen Recht, in denen das Vorwiegen der einen oder der andern Function so sehr von der Besonderheit jedes einzelnen Falles abhängt, daß man bei ihnen eine mixta causa annahm, das heißt, sie nicht zu den in personam oder in rem actiones allein, sondern zu beiden rechnete. Es sind dies die Theilungs-Klagen. §. 20. de action. Die Römer sahen jede Communio als etwas Vorübergehendes an, dessen endliches Ziel doch immer das Entstehen solidarischer Rechte sei. Diese Ansicht ist schon daraus klar, daß nach L. 14. §. 2. commun. diuid. ein Vertrag zwischen Mitherren, nie zu theilen, als dem Wesen der communio zuwider nichtig ist, ebenso nichtig, als wenn Pfandgläubiger und Pfandschuldner die Veräußerung des Pfandes von Seiten des ersteren ausschließen wollten. Man dachte sich den Zustand nach der Theilung als schon in der Gemeinschaft gesezt, nur nicht entwickelt. Wer auf Theilung antrug, forderte vom Richter die Entwickelung und Verwirklichung seines in der Communio verhüllten Rechts. Es geht nur oft nicht an, daß die in der Communio liegenden Rechte selbst reell getheilt werden. Z. B. bei einem Zweien gemeinsamen Grundstük kann es sein, daß dieses durch reelle Theilung seinen hauptsächlichen Werth verlieren würde, indem dieser das ganze ungetheilte Grundstük anspricht. Da wird so geholfen: Der Richter spricht dem Einen vorerst das Grundstük ganz zu. Dadurch wird nun aber das Recht des andern verlezt, und deshalb wird der erste condemnirt, ihm diesen Schaden zu ersezen. Das Judicium ist ein duplex, jeder wird als Kläger, jeder als Beklagter behandelt, und darum kann jedem adjudicirt, jeder condemnirt werden. In unserm Beispiele scheidet sich in rem actio und in personam actio sehr einfach;

auf der einen Seite Zuspruch und Realisirung eines Rechts an der Sache, auf der andern Seite Anerkennung und Verwirklichung einer Obligatio zu Schadensersaz; es stellt sich so, als hätte der eine in rem, der andre in personam agirt. Natürlich kan sich das mehr verwickeln, so daß jeder dem Resultat nach als einer, der in rem, und jeder zugleich als einer, der in personam agirt hat, angesehen werden muß. Daß die Condemnatio recht eigentlich das Charakteristische der in personam actio ist, sagt in jenem Constitutionenparagraphen nicht undeutlich die Stellung. Es heißt zu Anfang:

> „Quaedam actiones mixtam causam obti-
> „nere uidentur, tam **in rem** quam in
> „personam,"

nachdem dann die Fälle angegeben sind, wird das so ausgeführt:

> „in quibus tribus iudiciis permittitur iudici
> „**rem** alicui ex litigatoribus ex bono et
> „aequo **adiudicare**, et si unius pars
> „praegrauari uidebitur, eum inuicem certa
> „pecunia alteri **condemnare**."

Noch klarer ist die ganze Ansicht von **Theophilus** zu dieser Stelle ausgesprochen. Es heißt da nach der bei **Fabrot** abgedruckten Uebersetzung:

> „Sunt quaedam actiones, quae et actionis
> „in rem et actionis in personam naturam
> „in se habent. Talis est familiae erciscun-
> „dae actio, quae coheredibus competit
> „de diuidendis rebus hereditariis. Nam et
> „actionis in rem proprietatem habet, **quod**
> „**ea de rebus agatur. Ex parte**
> „**enim singuli coheredum domini**
> „**sunt.** Habet et actionis in personam
> „effectum: Nam capita quaedam in ea et
> „excutiuntur, et in condemnationem de-

„ducuntur, quae actionis in personam, non
„actionis in rem propria sunt."

Auf ganz ähnliche Weise gibt Ulpian in L. 22. §. 4. fam. ercisc. die Doppelnatur der Theilungsklagen an:

„Familiae erciscundae iudicium ex duobus
„constat, id est rebus, atque praesta-
„tionibus, quae sunt personales
„actiones.

Auch Paulus gibt in L. 1. fin. reg. zu, daß das iudicium finium regundorum neben seiner persönlichen Natur auch die Function einer rei uindicatio habe; erklärt aber dennoch das Ganze für eine in personam actio. Man sieht daraus, daß der Begrif der mixta causa zu seiner Zeit wenigstens noch nicht durchgängig geläufig war. Die Formel des iudicium communi diuidendo mußte nach dem, was uns an der citirten Institutionenstelle, bei Gajus IV. 42. und in den dahin gehörigen Digestentiteln gesagt wird, denke ich, ungefähr so lauten: Iudex esto. Quod fundus Gaio et Seio communis est, qua de re agitur, quantum fundi Gaio uel Seio ex bono et aequo adiudicari oportet, tantum Gaio uel Seio iudex adiudicato, et quidquid Gaium Seio vel Seium Gaio dare facere oportet ex fide bona eius, nisi id dederint fecerint, quanti ea res erit, tantam pecuniam Gaium Seio uel Seium Gaio iudex condemnato. Die beiden andern ebenso mit Aenderung des zu Aenderden.

Es muß an dieser Stelle ein Paragraph des Gajus (IV. 43.), der seit einem Emendationsversuch von Puchta (Rhein. Mus. Bd. 3. H. 1. S. 80.) viel besprochen worden ist, noch einmal der Kritik unterworfen werden. Wie er hieher gehört, wird sich im Verlaufe zeigen. Es werden in dem bezeichneten Paragraphen drei Condemnationsformulare aufgestellt, von denen das lezte Gegenstand des Streites geworden ist. Das in der Handschrift Lesbare lautet mit Zuziehung des mittleren Condemnations-

schemas so: "item haec, Iudex Numerium Negi-
„dium Aulo Agerio duntaxat condemna: si
„non paret absoluito. item haec: Iudex Nume-
„rium Negidium Aulo Agerio X. milia con-
„demnato, et reliqua, ut non adicciatur" nun folgen unleserliche Zeichen; Savigny conjicirte: si non paret absoluito, und dem widersprechen die Zeichen nicht. Puchta macht daraus: sestertium X. milia (nach einer von Puchta acceptirten Verbesserung Blume's: duntaxat X. milia), indem er das X milia vor condemnato in das vorhergehende Beispiel hinter duntaxat schiebt, wo nothwendig etwas der Art verlangt wird, was in der Handschrift fehlt. Daß dieses Rücken aus einer Zeile in die zunächst stehende, bei den häufigen Beispielen derartiger Schreibfehler, keine Schwierigkeit hat, sieht wohl jeder. Gegen die Puchta'sche Emendation trat Unterholzner auf (Rh. Mus. Bd. 3. H. 3. S. 418); er wandte vorzüglich ein, daß, wenn das X milia vor condemnato im lezten Beispiele wegbliebe, eine Condemnationsformel ohne Angabe dessen, worin condemnirt werden solle, entstehe, und das könne nicht sein. Unterholzner fügte selbst einen andern Emendationsversuch hinzu, der aber, wie ich glaube, durch die Bemerkung von Puggé a. a. O. beseitigt ist. Gegen den Einwand Unterholzner's hat sich nun zulezt Puchta (Rh. Mus. 3. Bd. 4. H. S. 488.) verteidigt. "Unterholzner unter-
„scheide nicht, wie doch geschehen müsse, die condemnatio
„im materiellen Sinne von der im formellen Sinne
„d. h. der pars formulae, die in der Formel ihre abge-
„sonderte Stelle hat; von dieser leztern spreche Gajus
„an unsrer Stelle. Ein Beispiel einer materiellen con-
„demnatio infinita dagegen gebe er in §. 51. und zwar
„an einer formula in factum concepta, wohl deshalb
„an dieser, weil hier auch in formeller Hinsicht die con-
„demnatio mit dem vorhergehenden mehr verschmolzen

„sey. Hätte er die formula in ius concepta gewählt, „so würde er hier gesagt haben "quidquid ob eam rem „N. N. A. A. dare facere oportet, id iudex N. N. „A. A. condemnato et reliqua". Im §. 43. gebe Gajus „von einer condemnatio infinita im formellen Sinne, „als pars formulae ein Beispiel, und in diese fallen von „jenen Worten nur gerade diese "iudex N. N. A. A. con- „demnato et reliqua; also gerade die, welche der §. 43. „nach seiner (Puchta's) Ansicht enthalte. Das Wörtchen: „id müsse natürlich wegfallen, da es nur in der Verbin- „dung mit dem Vorigen Bedeutung habe." — Ich muß es wagen, mich gegen diese Argumentation aufzulehnen. Sie beruht auf der Annahme eines Unterschiedes zwischen Condemnatio im materiellen und Condemnatio im formellen Sinne. Dieser Unterschied existirt meiner Meinung nach nicht. Puchta gibt als einen Fall, wo eine Condemnatio im materiellen Sinn aufgeführt werde, Gai. IV. 51. an, wo von der Condemnatio der formula in factum concepta die Rede ist. Aber die da angegebene condemnatio ist zugleich nichts anderes, als die vollständige Condemnatio im formellen Sinne, wie Puchta dieses Wort selbst nimmt. Die Worte, quanti ea res erit, sind nicht, wie Puchta sagt, mit der Condemnationsform nur mehr verschmolzen, als andre nicht zu ihr gehörige, sondern sie gehören ihr eben ganz und allein an. Zu welchem andern Theil der Formel sollten sie auch gehören? zur intentio? die lautet in der form. in fact. conc. auf das factum, woran die Obligation geknüpft wird, z. B. si paret A. A. apud N. N. mensam deposuisse (bei der form. in ius conc., wo ähnliche Worte die Demonstratio ausmachen, beginnen sie nicht mit den die intentio anzeigenden Worten: si paret, sondern: quod — deposuit), wie das nach dem wenn gleich lückenhaften §. 60. geg. d. Ende nicht bezweifelt werden kann. Es ist daher auch nicht mit Puchta anzunehmen, daß Gajus, hätte

er in §. 51. auch ein Formular für die condemnatio einer formula in ius concepta geben wollen, gesezt haben würde: quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet, id N. N. A. A. iudex condemnato; denn dies wäre intentio und condemnatio zusammen; er hätte vielmehr sezen müssen: id N. N. A. A. iudex condemnato. Dieses wäre denn die formelle, aber auch zugleich die materielle Condemnatio gewesen, denn das Wörtchen: id enthält in sich den Saz quidquid ... dare facere oportet. Wollte nun also Gajus in unsrer fraglichen Stelle (§. 43.) ein Formular für die cond. incerta et infinita geben (daß er hier keins gibt, erklärt sich daraus, daß es in §. 51. vorkommt), so mußte es entweder heißen: quanti ea res erit, tantam pecuniam etc. oder id N. N. A. A. iudex condemnato (nicht mit Vorsezung des quidquid ob eam rem, wie das auch Unterholzner meint, aus dem angegebenen Grunde) Das: id hätte er dann freilich noch erst aus der vorausgegangenen Intentio erklären müssen, aber weglassen konnte er es nicht, da es gerade im Gegensaz zu den vorigen Beispielen der wesentliche und Hauptbestandtheil der Condemnatio sein würde und da ohne dasselbe sein Formular weder eine Condemnatio im materiellen Sinne noch eine im formellen Sinne gegeben hätte.

Meine Meinung von der Sache ist, daß man die Versezung der X milia, die uns Puchta an die Hand gibt, dankbar annehmen, sich aber dafür Savigny's Emendation der Endworte nicht nehmen lassen muß. Das lezte Schema lautete demnach so:

> item haec: Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato et reliqua, ut non adiiciatur: si non paret absoluito.

Der Haupteinwand gegen Savigny's Auflösung der Endworte war der, daß wohl keine Formel ohne Instruction

zur absolutio neben der zur condemnatio vorkommen könne; und Heffter's Anführung des: qui damnare potest, is absoluendi quoque potestatem habet in L. 3. de re iud. und L. 37. d. R. I. ward nicht für hinreichend zur Erklärung gehalten. Ich glaube nun, daß die oben aufgestellten Formulare für die iudicia diuisoria diesen Einwand beseitigen. Eine Instruction zur absolutio konnte da nicht vorkommen, weil die absolutio selbst keinen Sinn gehabt hätte. Die Sache verhielt sich ja so: Der Richter sollte, wenn sich fände, daß eine der Parteien beschwert wäre, indem der andern zuviel adjudicirt war, oder sonst aus einen Grunde, dadurch abhelfen, daß er eine Obligatio des zu reichlich Bedachten gegen den Uebervortheilten constituirte, diesem den Schaden zu ersezen. Erforderte die gleiche Theilung die Constituirung einer solchen Obligatio nicht, so konnte nichts anders geschehn, als daß eben nicht condemnirt ward, indem die Bedingung der Condemnatio nicht eingetroffen war. Ganz bedeutungslos wäre es gewesen, wenn der Richter noch eigens jede der Parteien hätte absolviren wollen, von Obligationen, die niemand behauptet hatte; vgl. §. 4. 5. 6. I. de offic. iud. So scheint mir diese Schwierigkeit gehoben, und die Endworte der Condemnationsformel nach der Savigny'schen Emendation gerechtfertigt. Was die vorhergehenden Worte betrift, die wir mit Puchta gleich lesen, so ist das et reliqua ähnlich zu verstehen, wie Puggé es a. a. O. mit Beibehaltung der X milia, die wir ausstreichen, verstanden hat. Die Stelle wäre nemlich mit Beibehaltung der lateinischen Formularworte so zu übersezen: eben so diese: Iudex N. N. A. A. condemnato mag dies condemnato nun sonst bestimmt sein, wie es will, so daß nicht hinzugesezt wird: si non paret absoluito. Ich glaube, daß das et reliqua nicht allein so verstanden werden kan, sondern auch sehr zur Bestätigung unsrer Meinung beiträgt. Zu einer Abkürzung, wie Puchta sie in dem et

reliqua sucht, war, scheint mir, kein rechter Grund vorhanden, da Gajus mit Hinsezung der vier Buchstaben: s. n. p. a. eben so kurz abgekommen wäre; und der Wohllaut hier wohl am wenigsten den Ausschlag geben konnte. Wie wir die Stelle verstehen, ist die Abkürzung natürlich und fast nothwendig. Gajus gibt zuerst zwei Condemnationsformulare, bei denen die verschiedenartige Eigenthümlichkeit in dem liegt, worin condemnirt werden soll. Nun läßt er eine folgen, deren Eigenthümlichkeit in der Weglassung der Endworte: si non paret absoluito liegt. Das, worauf condemnirt werden soll, ist also hier ganz gleichgültig. Hätte er diesen Bestandtheil der condemnatio auch angeben wollen, so hätte er sagen müssen: quanti ea res erit, tantam pecuniam N. N. A. A. condemnato. Um diese Weitläufigkeiten für einen Theil, der, wie gesagt, hier ganz unwesentlich ist, zu sparen, sagt Gajus kurz: et reliqua.

Einer Kleinigkeit will ich noch erwähnen, die darauf hinzudeuten scheint, daß das Eigne in der lezten Formel in Weglassung der Endworte s. n. p. a. liegen soll; es ist, daß es in den beiden ersten Formeln immer heißt: condemna, hier: condemnato, was auf den Schluß der Formel hinzudeuten scheint.

Ist die oben aufgestellte Lesart der Stelle richtig, so verdankt sie Savigny und Puchta gleichviel.

Cap. VI. Von der condemnatio cum taxatione.

Uebersehen wir nun noch einmal die verschiednen Condemnationsformulare, die uns Gajus in §. 43. und §. 51. aufbehalten hat, und vergleichen damit die im Verlauf unsrer Untersuchungen vorgekommenen Formeln, so bleibt uns nur eine Condemnation übrig, die bisher noch keinen Plaz gefunden hat: die condemnatio incertae pecuniae cum aliqua praefinitione, cum taxatione, wie

sie Gajus §. 51. nennt. Sie lautet nach dem Beispiel in beiden citirten Paragraphen: Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio duntaxat X milia condemna, si non paret absoluito. Im §. 51. werden wir berichtet (denn die Göschen'sche Lesart hat hier wohl keinen Zweifel), daß sie eintritt, wenn ein incertum gefordert wird; demnach entweder in der Formel der incerti condictio, oder in den Formeln der speciellen in personam actiones, zu denen auch die in der petitoria und negatiua formula enthaltene in personam actio gehört. Die Condemnatio der incerti condictio geht auf die Aestimatio der geforderten Prästation; hier war also das, worauf der Richter condemniren sollte, obgleich es als incertum angesehen ward, doch sehr eng begrenzt, und die Hinzufügung eines Maximum in der Formel hätte keinen rechten Sinn gehabt So sind nur die speciellen Actionen mit incerta formula noch übrig. Heffter in seinen obss. in Gai. IV. c. 13. hat schon einige Fälle angegeben, in denen die Taxation eintrat: so bei schweren Injurien nach Gai. III. i. f., für das iudicium de ui coactis armatisque hominibus nach Cic. pro Tullio c. 7. In allen Fällen, wo die Condemnatio eine Taxatio enthielt, mußte ohne Zweifel die Formel in factum concipirt werden, da sich an die intentio der formula in ius concepta: quidquid ob eam rem dari fieri oportet nur die Condemnatio: id condemnato schließen konte. Eine große Wichtigkeit der begrenzten Condemnation muß, glaube ich, in den Fällen, wo das Arbitrium den Judex berechtigte, den Kläger zum in litem iurare zuzulassen, für die Zeit bis etwa auf Gajus angenommen werden. — Wir lernen aus L. 5. pr. §. 1. de in lit. iur., daß, als Marcian schrieb, also ganz am Ende der classischen Zeit, allenthalben wo das in litem iurare vorkam, dem Judex das Recht zugestanden ward, dasselbe durch eine hinzugefügte Taxe zu beschränken. (Marcianus) „In actionibus in rem et in ad exhiben-

„dum et in bonae fidei iudiciis in litem
„iuratur.

§. 1. „Sed iudex potest praefinire certam sum-
„mam usque ad quam iuretur: licuit enim
„ei a principio nec deferre.

Dasselbe Recht des Judex wird auch schon von Paulus anerkannt in L. 18. pr. de dolo. Da noch von ihr die Rede sein soll, so muß ich die Stelle noch einmal hersezen:

(Paulus) „Arbitrio iudicis in hac quoque actione
„restitutio comprehenditur, et nisi fiat
„restitutio, sequitur condemnatio quanti
„ea res est. Ideo autem et hic et in
„metus causa actione certa quantitas non
„adiicitur, ut possit per contumaciam
„suam tanti reus condemnari, quanti actor
„in litem iurauerit; sed officio iudicii
„debet in utraque actione taxatione ius-
„iurandum refrenari."

Dies Recht des Judex, das Juramentum durch Hinzufügung einer Taxation zu beschränken, war zu Ulpian's Zeit noch nicht ein so allgemein anerkantes, und er selbst behauptet es nur für die bonae fidei iudicia. L. 4. §. 2. de in lit. iur.

(Ulpianus) „Iurare autem in infinitum licet. Sed an
„iudex modum iuriiurando statuere pos-
„sit, ut intra certam quantitatem iuretur,
„ne arrepta occasione in immensum iure-
„tur? quaero. et quidem in arbitrio esse
„iudicis deferre iusiurandum nec ne con-
„stat. An igitur, qui possit iusiurandum
„non deferre, idem possit taxationem iu-
„riiurando adiicere? quaeritur. Arbitrio
„tamen bonae fidei iudicis et hoc congruit.

Nach diesem Gang der Sache ist es zwar nicht unwahrscheinlich, daß zu Gajus Zeit das Recht der Taxation dem Judex noch in keinem Falle zugestanden ward. Sollte also die Gefahr, deren Ulpian in der citirten Stelle erwähnt, daß der Kläger sich die Gelegenheit zu Nuze mache, und eine unermeßliche Summe beschwöre, vermieden werden, so mußte die Beschränkung des Jusjurandum vom Prätor ausgehen, er mußte dem Judex in der Formel ein Maximum, bis zu welchem er condemniren durfte, ansezen. Dazu diente die Condemnationsformel mit einer Taxation; statt: quanti ea res erit, sezte er dann: duntaxat X milia; u. ähnliches. Von der condemnatio infinita sagt Gajus in §. 51., daß sie bei in rem actiones und der actio ad exhibendum eintrat. Daraus ließe sich vermuthen, daß die Condemnation mit duntaxat zu Gajus Zeit hauptsächlich bei Instruction der bonae fidei actiones natürlich immer nur in der formula in factum concepta angewandt ward. Gerade diese bonae fidei actiones sind es auch, in denen zu Ulpian's Zeit das Recht der Taxation dem Judex zustand, und so ist denn wohl anzunehmen, daß dieses Recht in der Periode, die zwischen Gajus und Ulpian liegt, gerade für die bonae fidei actiones vom Magistratus in das officium iudicis überging, und sich dann von den bonae fidei iudicia auf alle Fälle des in litem iusiurandum ausdehnte. Der Uebergang an den Judex war äußerst natürlich; zumal in einer Zeit, da der Judex in allen Dingen durch strenge Formeln weniger gebunden zu sein anfing. Auch als noch dem Prätor allein das Recht der Taxation zustand, machte er vielleicht selten Gebrauch davon. Sollte er nemlich das Interesse des Klägers durch Aufstellung eines Maximum beschränken, so mußte er schon das Factische des Falles näher kennen, als er wohl meistens Zeit hatte, es kennen zu lernen. Daher finden wir auch in der formula in factum concepta der depositi

actio, also einer bonae fidei actio, die Gaius IV, 47. als Beispiel aufführt, nicht die Condemnatio mit Taxation, sondern die unbegrenzte quanti ea res erit. Viel angemessener war es, dem Judex die Taxation zu überlassen, zu dessen Geschäft es ja gehörte, das Interesse des Klägers zu untersuchen. — Zu Ulpians Zeit war das ius taxandi als im officium iudicis liegend noch blos für die bonae fidei actiones, also nicht für die in rem actiones, die actio ad exhibendum, quod metus causa und de dolo anerkannt. So mußte Ulpian sagen, wie er in L. 68. d. R. V. sagt: "quantum aduersarius in litem sine „ulla taxatione in infinitum iuraverit." Zu Paulus Zeit dagegen war die Taxation schon ganz allgemein für alle Fälle dem Judex gegeben. Die Worte: praefinire und taxare, die Gaius IV. 51. auf den Prätor bezieht, werden nun vom Judex gebraucht: L. 5. §. 1. de in lit. iur. L. 18. pr. de dolo cit. Die leztere Stelle scheint mir aus diesem Zusammenhange noch ein neues Licht zu erhalten. Es heißt darin, die Condemnatio laute auf: quanti ea res est ohne Beifügung einer bestimmten Quantität. Dann folgt: der Judex solle das Juramentum durch Taxation einschränken. Mit den Worten certa quantitas non adiicitur wollte er wahrscheinlich auf die sonst in arbiträren Formeln angewandte Taxation des Prätors hindeuten, die hier nicht Statt fand, aber durch die Taxation des Judex ersezt ward.

Cap. VII. Von den actiones ex interdictis.

Einer eignen Erörterung bedarf noch die Frage: zu welcher Classe von actiones gehören die actiones ex interdictis? Besonders für die possessorischen Interdicte ist die Frage aufgestellt und verschiedentlich beantwortet worden. Savigny nennt sie in personam actiones ex delictis, Andre stellen sie in die Reihe der in rem actiones. Es hängt natürlich die Entscheidung

dieser Frage mit von der Beantwortung einer andern ab: ist der Besiz ein Recht, und welches? Die leztere ist seit Savigny's Besizlehre viel besprochen worden; da sie, wie gesagt, mit der andern Frage in nothwendigem Zusammenhange steht, so müssen wir uns auf sie näher einlassen. Der Streit ist neuerdings von Puchta (Rhein. Mus. Bd. 3. H. 2. S. 289 ff.) und von Rudorff (Zeitschr. f. g. Rsw. Bd. VII. H. 1. S. 90.) geführt worden. Von ihrer Ansicht zuerst, über Savigny's Art die Sache zu behandeln wird unten geredet werden. Puchta erklärt den Besiz für ein Recht; aber nicht, wie es wohl vorher geschehen ist, für ein Recht an der Sache, sondern für ein Recht an der eignen Person. Er classificirt, wie oben gesagt worden ist, die Rechte nach der Mannigfaltigkeit dessen, was dem Willen unterworfen sein kann. Im Besiz ist es der Wille, der sich selbst unterworfen ist, der Besizende will seinen Willen und nichts als seinen Willen. — Nimt man einmal mit Puchta einen Willen an, der sich selbst zum Gegenstande hat, so muß sich dieser bei allen Rechten außer Besiz eben so gut finden als beim Besiz: seinen Willen haben will der Creditor als Creditor, der Eigenthümer als Eigenthümer nicht minder als der Besizer; und so wäre dadurch nicht allein für die Classificirung des Besizes im Rechtssystem nichts geschehen, sondern es wäre sogar jede Classification der Rechte unmöglich gemacht, indem alle in einer geräumigen Classe, der Classe der Rechte am eignen Willen, untergebracht wären. Um dem zu begegnen, erklärt Puchta die Unterwerfung des Willens unter sich selbst bei allen übrigen Rechten für eine erst durch einen äußern gewollten Gegenstand vermittelte, beim Besiz dagegen für eine unmittelbare. Von den Rechten außer Besiz sagt Puchta: "ich will in ihnen den äußern Gegenstand, aber ich will doch denselben, ich mache ihn zu dem meinigen. So hat auch hier der Wille nur vermittelt sich selbst zum Gegenstand." Wenn

man sagt, daß der Wille, indem er eine Sache will, immer auch sich selbst will, so kann das wohl nur heißen, daß er sich in der Sache, d. h. sich herrschend über die Sache, oder, was gleich ist, die Sache sich unterwerfen will. Wie kann aber hier der gewollte Wille mit dem wollenden durch die Sache vermittelt werden, da diese ja selbst Inhalt des gewollten Willens ist? ich will (um bei dieser von Puchta gegebenen Formel stehen zu bleiben), ich will meinen Willen haben, und dieser Wille, den ich haben will, will die Sache; nimmer will ich also doch unmittelbar meinen Willen, erst mittelbar die Sache, nicht umgekehrt. So wäre für die Classificirung des Besizes die Schwierigkeit nicht aufgehoben, sondern nur um einen Grad zurückgeschoben; es käme doch immer, um seine Natur zu bestimmen, darauf an, was der endliche gewollte Wille will. Soll hier ein Gegensaz zwischen Besiz und Recht an der Sache sein, so könnte es nur der sein, daß im Recht an der Sache, im Eigenthum, der gewollte Wille die Sache, im Besiz dagegen auch der gewollte Wille nicht einen Gegenstand außer sich, sondern wieder nur sich selbst will. Auf diese Weise erhalten wir hier eine unendliche Kette von sich selbst wollenden Willen; denn ein Wollen ohne etwas Gewolltes ist ein Unding; nehmen wir also einen Willen an, der sich selbst will, und legen diesem gewollten Willen nichts außer ihm als Gewolltes unter, so muß er natürlich wieder sich selbst zum Inhalt haben, und so entsteht uns ein neuer gewollter Wille, der doch auch wieder etwas wollen muß und nichts anders wollen kann als sich selbst. Wie es hier keinen Endpunkt gibt, so gibt es, sobald man einen sich selbst wollenden Willen annimt, auch keinen Anfangspunkt, denn der Wille, den wir als einen sich selbstwollenden sezen, kann immer auch als ein von sich selbst gewollter betrachtet werden. So unterschiede sich denn das Recht, welches der Besiz ist, von andern Rechten dadurch, daß bei diesen die Wil-

lenskette nach unten hin in dem Dinge, das endlich gewollt wird, begrenzt und nur ohne Anfang, bei jenem hingegen nach beiden Richtungen hin unendlich wäre. Ist der Besiz eine solche unbegrenzte Kette von identischen Gliedern, so hat er gar keine Realität, denn der Wille kann nur verwirklicht sein in etwas außer ihm Seienden, nicht in sich selbst. Die Wirklichkeit der übrigen Rechte läge bei jener Construction im lezten Gliede; man könnte dieser Realität unbeschadet alle übrigen darum gelegten leeren Gehäuse von sich selbst wollenden Willen ablösen. Beim Besiz ist das Schlimme, daß diese Schalen nicht allein nach außen, sondern auch nach innen unendlich fortgehen, so daß nicht wie dort auf einen Kern zu kommen ist. Von Schuz des Besizes könnte denn auch gar nicht die Rede seyn, denn was keine Existenz hat, kann nicht verlezt werden und bedarf daher keines Schuzes. Um dem Besiz seine Wirklichkeit zu retten, sagt Puchta S. 305, im Besiz sei die Persönlichkeit, "abgesehen von der rechtlichen Verwirklichung in äußern Gegenständen, aber mit „Hinsicht auf eine natürliche Unterwerfung „derselben, namentlich der Sachen geschüzt" und auf der folgenden Seite "beim Besiz sei die natürliche Unterwerfung der Sache als natürliche, abgesehen von ihrer „etwaigen Eigenschaft als rechtliche geschüzt". Der Saz scheint mir mit sich selbst nicht bestehen zu können. Ist die Unterwerfung der Sache vom Recht geschüzt, so ist sie vom Recht anerkannt, also eine rechtliche. Bei dem rechtlichen Schuze kann also nicht von ihrer Eigenschaft als rechtlicher abgesehen werden, da diese Eigenschaft gerade durch und in dem Schuze ausgesprochen wird. So hätten wir denn hier eine rechtliche Unterwerfung der Sache unter den Willen, also nach Puchta's eigner Definition ein Recht an einer Sache. Und das ist es doch gerade, was Puchta bestreitet. — Das sind die Zweifel, die mir bei Puchta's Auseinandersezung geblieben sind.

Sollten sie theilweise oder ganz nicht in dem von Puchta Gesagten, sondern in meinem Misverstehen desselben ihren Grund haben, so mag man einen Theil der Schuld von mir auf die Kürze werfen, die durch den Zwek jenes Aufsazes im Museum herbeigeführt ward.

Rudorff tritt als Verteidiger der von Savigny herrührenden Theorie auf; von der Art, wie diese betrachtet werden muß, soll unten noch gesprochen werden. Mit kurzen Worten sagt sie: Besiz ist gar kein Recht, sondern ein factum, an welches aber rechtliche Folgen geknüpft sind: Usucapion nemlich und Interdicte. Daß der Besiz kein Recht sei, darin stimmen wir, wie sich zeigen wird, mit Rudorff vollkommen überein. Aber es fragt sich dann nur, was der rechtlich systematische Grad der Interdictsactionen sei? denn nach classischem Recht entsteht aus jedem Interdict eine actio. Rudorff gibt als Grund der Interdicte den allmählich im Röm. Recht sich ausbildenden Saz, daß Selbsthülfe unerlaubt sei, an: es sollte der factische Stand der Dinge ohne Rüksicht auf seine materielle Rechtlichkeit geschüzt sein, und ein Angrif auf ihn, wenn auch kein materielles Recht dadurch verlezt werde, sollte als formelles Unrecht betrachtet werden. — Es scheint mir, daß diese Annahme mit der Ansicht Puchta's und überhaupt derer, die auf eine rechtlich systematische Begründung des Interdicts ausgingen, gar nicht in Berührung kommt. Es ist in ihr sehr schön und scharfsinnig der historisch politische Entstehungsgrund des Interdictenschuzes erklärt, nicht aber der rechtlich systematische Grund, die Stellung des Interdictenschuzes im System ist dadurch gegeben; und diese eben war es, die Puchta beschäftigte. Die Frage, auf die es uns hier allein ankommt: wie kann eine für mich entstehende Delictsobligation und eine Actio daraus gedacht werden, ohne daß in irgend einer Weise mein Recht verlezt worden ist — denn ein Recht des Besizes negirt Rudorff ja —

bleibt unbeantwortet. Das Edict des Prätors spricht in den Interdicten das Verbot aus, meinen Besiz zu stören. Wer ihn stört, handelt gegen das Edict des Prätors, dieser ist aber ein Organ des Rechts, folglich handelt er gegen das Recht, begeht also ein Unrecht. So weit ist Alles klar. Aber wie kan er durch diese unrechtliche Handlung dem Besizer zu etwas verpflichtet werden, wie kan ein Delict gegen den in seiner Handlung liegen, in dessen Rechtskreis gar nicht eingegriffen wird? denn der Besiz ist ja kein Recht, sondern ein bloßes factum. Hier muß also doch noch irgend ein Zwischenglied sein, und gerade dieses Zwischenglied allein suchen wir.

Der Inhalt des allgemeinen Willens nach der rechtlichen Seite hin ist der: Jeder Einzelwille [1]) soll sich frei in den Dingen verwirklichen können; hat er sich ein Ding unterworfen, so soll es ihm ungestört unterworfen bleiben, bis er selbst es aus seinem Kreise ausstößt. Diese Regel ist das Recht; wenden wir sie auf einen einzelnen Fall an, nehmen wir an, daß der Wille sich ein Ding unterworfen hat, so haben wir ein Recht; wir erhalten dann nehmlich das, was schon oben als Definition eines Rechts angegeben werden: das Gehören eines Gegenstandes unter den Einzel-Willen nach dem allgemeinen Willen. So von der Seite des Dinges angesehen; von der Seite des Willens her ausgedrückt würde die Formel lauten: das Gehörigsein eines Willens über einen Gegenstand nach dem allgemeinen Willen. Wenn ich eine herrenlose Sache ergreife, so wird in demselben Augenblike zweierlei hervorgebracht:

1) ein wirkliches Verhältnis zwischen Sache und Willen, die Sache wird meinem Willen unterthan. Aber es trit nun auch

---

1) Nicht zu verwechseln mit dem Willen des Einzelnen, des Individuums, sondern im Gegensaz zum allgemeinen Willen.

2) für diesen Fall jene Regel ein, die nach dem Gesagten der Inhalt des Rechtswillens ist, außer der Wirklichkeit des Unterworfenseins entsteht zugleich dessen rechtliche Nothwendigkeit des Unterworfenseins.

Ersteres ist Besiz der Sache, das zweite ist Recht an der Sache, Eigenthum. Es kann nun aber auch geschehen, daß das Unterworfensein der Sache allein für sich entsteht, daß also das Recht der Sache im Augenblik, wo sie meinem Willen unterworfen wird, nicht zugleich das Gepräge des Unterworfenseinsollens aufdrükt; mit andern Worten, es kann Besiz einer Sache ohne Recht an der Sache entstehn. Ergreift jemand Besiz der Sache, die das Recht schon als dem Willens-Kreise eines Andern angehörig bezeichnet hat, so kann ihr dieser Charakter nicht auch in Beziehung auf den Kreis seines Willens vom Recht beigelegt werden. Der Dieb, der eine Sache seinem Willen unterwirft, wird ihr Besizer, ihr Eigenthümer kann er nicht werden, denn dieselbe Sache kann nicht zweien absolut angehören. Die Regel des Rechts über die freie Verwirklichung des Willens hat auf den Willen des Diebes keine Anwendung; es ist das keine freie, sondern eine willkührliche Realisirung des Willens. Der Wille des Diebes selbst widerstreitet jener Regel: er unterwirft sich eine Sache, die nach der Regel einem Andern unterworfen sein soll, und so negirt das Recht einen Willen, der ihm selbst entgegengerichtet ist. Rechtlich ist demnach gar kein Wille vorhanden, und somit können auch keine rechtliche Folgen sich an diesen unrechtlichen Willen knüpfen. — So weit reichen wir mit der bloßen Entwikelung der Rechtsidee, abgesehen von einer bestimmten Position derselben. Wäre das Römische Recht bei der Verwirklichung dieser naturrechtlichen Principien stehen geblieben, so hätte für dasselbe nie die Frage entstehn können, ob der Besiz ein Recht sei oder nicht. Nun aber fand sich, daß im Röm. Recht jener an sich unrechtliche Wille doch in gewissen Beziehungen

geschüzt sei durch die Actionen aus den possessorischen Interdicten; daher Zweifel und Streit.

Ob die Interdictsactionen in rem oder in personam actiones sind, lassen wir hier noch unentschieden, mögen sie das eine oder das andre sein, so muß doch immer zur Zeit ihrer Entstehung im einzelnen Falle ein Rechtsverhältnis vorhanden sein entweder als gegenwärtiges Ziel der in rem actio, oder als das, aus dessen Verlezung die Obligation zu Schadensersaz erwuchs, auf deren Ausspruch und Verwirklichung die in personam actio gerichtet ist. Das Recht, aus dessen Bestreitung oder Verlezung die Interdictsklage erwächst, ist ein Recht an der besessenen Sache. Wenn das positive Recht durch den Prätor sagt: ein Besiz soll nicht gewaltsam, oder heimlich verlezt, oder ein bittweise übertragner Besiz soll nicht treuloserweise verenthalten werden, der Schaden, der aus einer solchen Verlezung geschehen ist, soll erstattet werden, so erkennt es in diesen Beziehungen den Willen, der im Besize wirkt, an, es spricht für diese Fälle das Gehören der besessnen Sache unter den Willen des Besizers aus, und eben das Gehören einer Sache unter einen Willen nach dem Recht ist Recht an der Sache. Absolutes Gehören einer Sache unter zwei Willen zugleich (duorum dominium eiusdem rei in solidum) ist unmöglich; nicht also ein relatives. Nur gegen den, welcher auf ganz bestimmte Weise den Willen des Besizers angreift, ist dieser als ein rechtlicher anerkannt und geschüzt. Das Recht, welches hiernach den Grund der Interdictsactionen ausmacht, ist ein relatives Recht an der Sache; seine Beschränkung dem Eigenthum gegenübergehalten liegt nicht wie bei den iura in re darin, daß dem Willen nur eine Seite der Sache untergeordnet ist; wie beim Eigenthum ist die Sache in ihrer Totalität unter den Willen gehörig, das Recht ist dem Eigenthum intensiv gleich, nicht extensiv, das heißt, wo es überhaupt gilt, da wirkt es wie Eigen=

thum, aber beschränkt ist es in Bezug auf die Grenzen seines Geltens, indem es nur in gewissen Relationen eintrit. —

Ist denn dieses Recht der Besiz? mit andern Worten, hat der Prätor dadurch, daß er die possessorischen Interdicte aufstellte, den Besiz zu einem Recht gemacht? Besiz ist nach dem Obigen Unterworfensein einer Sache unter den Willen, also nicht ein Recht, denn nicht das Unterworfensein, sondern das Gehören unter den Willen ist Recht. Dasjenige aber, was ein Nichtrecht ist, ohne Vernichtung seines Wesens zu einem Recht zu machen, dazu hätte eine größere Macht, als die des Prätor war, nicht hingereicht. Es ist ein Unding, daß dasselbe Recht und Nichtrecht zugleich sei, und wenn Savigny sagt, Besiz ist Recht und factum zugleich, so muß das einen andern Sinn haben, wie sich bald ergeben wird. Kan nun der Besiz überhaupt nicht ein Recht sein, weil er ein Nichtrecht ist, so kann er auch nicht das Recht sein, was durch die Interdicte geschaffen und durch die Interdictsactionen verfolgt ward. Vielmehr verhielt es sich so. Wie durch Ergreifung einer herrenlosen Sache zugleich mit dem Besize ein absolutes Recht an der Sache das Eigenthum entsteht, so entsteht nach Römischem Rechte durch jede Besizergreifung auch einer nicht herrenlosen Sache neben dem Besize jenes relative Recht an der Sache. Es ist nicht der Besiz selbst, auch nicht eine Folge desselben, ebensowenig wie das Eigenthum das ist, denn es entsteht wie dieses im selben Moment mit ihm durch die Unterwerfung der Sache unter den Willen, wohl aber ein seinem Erwerb nach mit dem Besize beständig verbundenes. Dieses Recht, nicht der Besiz, ist durch die Interdictsactionen geschüzt; der Besiz ist nur das diesem Recht factisch Entsprechende und daher das, in welchem das Recht angegriffen werden kann, eben wie das Eigenthum im Besiz angegriffen wird. Nicht einmal genau ist es, wenn

man sagt, daß an den Besiz in dieser Beziehung rechtliche Wirkungen geknüpft seien. Eine wahre rechtliche Wirkung des Besizes bleibt immer die Ersizung. Daß das Entstehen des Rechts, was wir nun Interdictenrecht nennen können, nicht Wirkung des Besizes ist, sahen wir eben; man könnte denken, die Fortdauer des Besizes wirke doch Fortdauer des Rechts, und so sei hierin dem Besiz eine rechtliche Wirkung gegeben. Trit der Verlust des Besizes mit Gewalt, oder Heimlichkeit ein, oder wird ein Besiz bittweise übertragen, so geht mit dem Verlust des Besizes keineswegs das Interdictenrecht verloren, sondern gerade hier erst kommt das Gehören der Sache unter den Willen zur Erscheinung. Hört der Besiz auf andre Weise auf, so ist es wahr, daß damit das Interdictenrecht aufhört; das liegt aber in der relativen Natur dieses Rechts; es soll ja nur gelten gegen gewisse Störungen, und diese Störungen sind unmöglich geworden, wenn der Zustand, der dem Rechte entspricht und in dem das Recht gekränkt werden kann, schon auf andre Weise als die aufgehoben ist, für welche es oben als Recht anerkant ist.

Daß das Relative des Gehörens der Sache unter den Willen der Natur des dinglichen Rechts widerspräche, ist wohl nirgend behauptet; ja es ist in einem ganz analogen Verhältnisse von jeher anerkant worden, im Recht der Publiciana in rem actio nemlich. Auch hier muß man sich nur wieder hüten zu sagen, der Besiz in gutem Glauben sei ein prätorisches Eigenthum u. dgl. Besiz, mag er ehrlich oder unehrlich erworben sein, bleibt Besiz, das heißt ein factum, kann also nie ein Recht werden. Das Recht, welches die Publiciana verfolgt, ist, wie es nicht der Besiz selbst ist, ebensowenig Folge des Besizes, denn es entsteht auch, wie das Interdictenrecht, im selben Moment mit ihm. Dem ganz gemäß sagt Savigny Abschn. 1. §. 3. seiner Besizlehre, die Publiciana könne nicht zu den Wirkungen des Besizes gezählt werden, weil

ihr ein Eigenthum ähnliches Recht zu Grunde liege; es ist nur mit den Interdictsactionen nicht anders; auch sie dürfen nicht als Wirkungen des Besizes angesehen werden. Endlich zeigt das Recht der Publiciana sein unabhängiges Bestehen vom Besiz dadurch, daß es auch in Fällen angenommen wird, wo nie Besiz war, L. 12. §. 1. L. 15. de Publ. in rem act. Die lezte Stelle heißt so: (Pomponius) "Si seruus meus quum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nanctus non sim". Die Stelle macht Schwierigkeit, weil schon zur Zeit des Pomponius angenommen war, daß man durch einen flüchtigen Sklaven Besiz erwirke L. 1. §. 14. L. 13. pr. L. 15. L. 50. §. 1. de acq. poss. Das licet darf also nur von einem bestimmten Falle verstanden werden: selbst in den Fällen, wo wir durch den entflohenen Sklaven den Besiz der ihm tradirten Sache nicht erlangen, sollen wir sie mit der Publiciana verfolgen können. Dieses sind aber die Fälle, wo schon ein Andrer Besiz an dem Flüchtling ergriffen hat. Daß durch einen solchen der Herr nicht mehr Besiz erwerben könne, darüber war man entschieden, L. 1. §. 6. de acq. poss. (Paulus). Rechte aber sollte er durch ihn noch erwerben können: 1) Das relative Recht der Publiciana, wie nach unsrer L. 15. schon Pomponius annimt; 2) auch das absolute Recht, das Eigenthum, nach L. 54. §. 4. d. A. R. D. (Modestinus). Pomponius leugnet das noch in L. 21. pr. eod. Etwas der relativen Natur dieser dinglichen Rechte Analoges, nur gewissermaßen in umgekehrter Beziehung, haben wir in dem Verhältnis des Eigenthums zu abgetrennten Rechten an der Sache (iura in re). Wird ein Usussfructus bestellt, so heißt das: eine Seite der Sache, die vorher in ihrer Totalität unter den Willen des Eigners gehörte, soll nun dem Willen des Usufructuars unterthan sein. Aber diese Abtrennung vom Eigenthum ist auch nicht eine absolute,

sondern sie gilt nur in der bestimmten Richtung gegen den Usufructuar. Wird die Sache von der Seite verlezt, die das Recht als unter den Willen des Usufructuars gehörig bezeichnet hat, so kan dennoch der Herr der Sache gegen den Dritten immer mit seiner Eigenthumsklage auftreten; nur der Servitutenklage des Usufructuars steht diese immer nach, denn im Verhältnis zu diesem ist die bestimmte Seite der Sache gar nicht dem Willen des Eigners untergeordnet.

Das Resultat des Vorigen ist also dieses: die possessorischen Interdictsactionen beruhen wie alle Actionen auf Bestreitung eines Rechts. Dieses Recht beruht auf dem Edict; es ist ein relatives Recht an der Sache. Es ist nicht der Besiz, aber ein mit dem Besiz zugleich Entstehendes. Der Grund, warum dieses nicht immer so klar in die Augen fiel, liegt darin, daß den Römern selbst die Trennung des Interdictenrechts vom Besize nicht allenthalben klar zum Bewußtsein kam, sie bezeichnen mit dem Wort possessio beides, Besiz und Interdictenrecht. Dennoch führte diese Unklarheit die Römischen Juristen nicht zu Inconsequenzen in den Resultaten; auch hier wirkte in ihnen die Nothwendigkeit des Systems unmittelbar und halb unverstanden. Hier nun ist auch, wie mich dünkt, der Punkt, aus dem allein Savigny's Besizlehre richtig begriffen werden kan. Savigny hatte es sich zur Aufgabe gemacht, die Besiztheorie so zu entwikeln, wie sie unmittelbar in der Ansicht der Römischen Juristen lebte. Er wollte nicht weiter zurükgehen, als diese selbst gingen, er versezte sich in sie und sprach aus ihrem Geiste. Wie ihm das gelungen ist, wie gerade in dieser Beziehung sein Besiz ein unsterbliches Meisterwerk ist, das weiter auszuführen, wäre eben so anmaßend als unnüz. Aus diesem Gesichtspunkte konnte und mußte Savigny sagen, der Besiz ist Recht und factum zugleich, denn eben die Römer begriffen unter possessio das eine und das andre. Sollte

auf den Grund dessen, was die Römischen Juristen über den Besiz sagen, zurükgegangen werden, so mußte dieses selbst erst klar und rein vor Augen gestellt sein, und das ist die Aufgabe, die Savigny's Buch gelöst hat.

Das Recht, welches durch die possessorischen Interdictsactionen geschüzt ward, ist ein relatives Recht an der Sache. Der Schuz dieses Rechts durch die Actionen konnte ein unmittelbarer oder ein mittelbarer sein. Ein unmittelbarer, indem die actio, wie bei der Publiciana, eine in rem actio war, d. h. Anerkennung und Verwirklichung des Rechts an der Sache bezwekte; ein mittelbarer, indem mit der Actio eine Obligation, entstanden aus der Verlezung des Rechts an der Sache und gerichtet auf Gutmachung dieser Verlezung, verfolgt ward, sie also eine in personam actio war. Welches von Beiden der Fall ist, soll nun untersucht werden. Zu Gajus Zeit war die allgemeine Form für alle Interdictsactionen die sponsio, eben wie diese zu seiner Zeit noch auf alle in rem actiones angewandt werden konnte. Bei restitutorischen und exhibitorischen Interdicten hatte der Actor die Wahl zwischen dieser Form und einer Actio mit arbitraria formula in factum concepta. Gai. IV. 141. 162. etc. Zu Ulpians Zeit war das agere per sponsionem wahrscheinlich schon ganz außer Gebrauch und die actio per arbitrariam formulam hier das Allgemeine, wenigstens galt es auch schon für prohibitorische Interdicte, wie L. 3. §. 11. Uti Possidetis beweiset, wo die charakteristische Condemnation dieser Formel: quanti res est als beim interd. uti possidetis vorkommend erklärt wird. Die in der Stelle berührte Meinung des Servius über die aestimatio possessionis bezog sich wahrscheinlich ursprünglich auf die Bestimmung der Höhe der sponsio für den einzelnen Fall, da diese sich ja nach dem Object richten mußte.

Die actio per sponsionem gibt über das Wesen der actio ex interdicto keinen Aufschluß, denn in die Form der sponsio konnte jede actio umgegossen werden, mochte sie in rem oder in personam sein. Wir müssen uns also an die arbitraria formula halten, und hier zeigt sich die actio entschieden als in personam actio, denn jede in rem actio hatte formula in ius concepta, nie eine in factum concepta, wenigstens kennen wir eine solche für sie nicht. Die Formel konnte z. B. für das interd. de precario so lauten: I. E. si paret N. N. ab Aulo Agerio illas aedes precario possidere, nisi eas aedes secundum id quod edictum est restituat, quanti ea res erit Iudex N. N. Aulo Agerio condemnato, s. n. p. a. Das Recht, aus dessen Verlezung die actio entsprang, war erst durch das Interdict des Prätors im Edict hervorgebracht worden; man hatte das Recht nur, weil der Prätor interdicirt, weil er es zu verlezen verboten, und jede Verlezung gut zu machen geboten hatte, und so mußte man sich im einzelnen Falle immer auf dieß Interdict des Prätors berufen. Ich habe ein Recht, weil der Prätor verboten hat; handelt jemand gegen das Verbot, so handelt er zugleich gegen mein durch das Verbot hervorgerufenes Recht; er wird mir also zu Ersaz verpflichtet; meine intentio geht demnach auf das factum, an welches die der in personam actio zu Grund liegende Obligation, die Verlezung durch Ersaz aufzuheben, geknüpft ist. Diese intentio der arbitraria formula mußte, wenn per sponsionem verfahren ward, die Conditio der Sponsion ausmachen; auch dies Sponsionsverfahren konnte keine in rem actio, das Recht an der Sache konnte nicht unmittelbarer Gegenstand der Sponsion sein, weil man sich dieses nicht unabhängig von dem Interdict des Prätors, nicht als durch eine allgemeine Rechtsregel, sondern durch den besondern Befehl des Prätors hervorgebracht dachte. Auf den Fall des Sieges mit dieser Sponsio ließ sich denn der actor

vom reus noch in einer andern Stipulation die Herausgabe der Sache und was dazu gehört, ganz wie beim in rem agere durch die stipulatio pro praede litis et uindiciarum versprechen. Aber auch die erste Sponsion war hier nicht, wie beim in rem agere, leere Form, sondern die Summe ward aus der Condemnation wirklich eingefordert; es wird cum periculo agirt. Darum ließ sich denn auch der reus auf den Fall daß der actor abgewiesen wurde, eine gleiche Summe dagegen versprechen; Gai. IV. 165. — Man darf es sich nicht etwa als aus dem Wesen der in rem actio hervorgehend denken, daß ihre Formel immer in ius concipirt ward; warum hätte es z. B. nicht eine Formel geben können mit der Intentio: si paret Aulum Agerium hanc rem mancipio accepisse, wo das Eigenthum als aus diesem factum hervorgehend, wie bei der formula in factum concepta der in personam actio die Obligation als aus einem factum hervorgehend, gedacht worden wäre? aber die Römer kannten eine solche intentio für in rem actio nicht, das Bedürfnis führte nicht darauf, wie nach dem oben Entwickelten bei der in personam actio.

Wir haben gefunden, daß aus den possessorischen Interdicten nur in personam actiones entstehen, die aber zugleich mit die Verwirklichung eines Rechts an der Sache zum Ziele haben. Wie es sich mit den nichtpossessorischen Interdicten und den daraus folgenden Actionen verhält, kan nun keine Schwierigkeit mehr haben. Einige derselben sind ganz den possessorischen Interdicten analog zu construiren. So das interdictum quorum bonorum; auch hier hat der Prätor durch sein Interdict ein Recht an der Sache begründet; wird gegen seinen Befehl gehandelt, so wird damit zugleich dieses Recht verlezt, und deshalb richte ich meine Intention auf die Zuwiderhandlung gegen das Interdict. Nicht anders mit dem salvianischen Interdict, nur daß da das relative Recht nicht die Sache

in ihrer Totalität, sondern nur eine Seite der Sache umfaßt. In den Interdicten, welche eine causa publica haben, und aus denen actiones populares entspringen, ist es ein Recht des populus an den res publicae, welches der Prätor anerkennt und schüzt, und jeder, der mit einer sochen actio popularis auftrit, ist Repräsentant des Volks. Es kan der Einwurf nicht von Bedeutung sein, daß ja doch das Recht des Volks an den locis publicis nicht erst durch Aufstellung des Interdicts hervorgebracht ist. Das ist natürlich ganz gleichgültig; auch der Eigenthümer, der Servitutberechtigte hat ja die possessorischen Interdicte. Es kommt nur darauf an, einzusehen, daß immer durch diese Interdicte ein Recht an der Sache unabhängig anerkannt und gekräftigt ist, so daß es für sie gar nicht darauf ankommt, ob ein solches Recht auch noch sonst bestätigt und geschüzt ist oder nicht.

Aber nicht immer ist das Recht, das durch ein Interdict seine Anerkennung findet, ein Recht an Sachen; auch Obligationen können unmittelbar, nicht erst durch Vermittelung der Verlezung, durch Interdicte begründet werden; so ist es eine Obligatio, die das interd. de arboribus caedendis anerkennt, die Obligatio des Nachbarn mich ungestört seine Bäume so weit sie in mein Gehäge hangen beschneiden zu lassen; und ähnliche mehr. Diese Obligationen sind es dann, die verlezt sein müssen, um eine actio hervorzubringen; und in diesen Fällen ist es eine reine in personam actio, welche entsteht, sie hat nicht nebenbei auch die Function einer in rem actio.

Es werden sich nun ein paar Stellen verstehen lassen, die das bisher Gesagte bestätigen. Die erste ist L. 1. §. 3. de interdictis:

(Vlpianus) "interdicta omnia licet in rem uideantur concepta, ui tamen ipsa personalia sunt"

Das heißt: alle Interdicte bringen nur in personam actiones hervor, wenn sie auch ein Recht an Sachen

begründen. Dieses Recht an Sachen, welches viele Interdicte hervorbringen, oder anerkennen, ist ausdrücklich ausgesprochen in L. 2. §. 2. §. 3. de interdictis, einer Stelle, die, wenn nicht auf diese Weise, wohl nicht genügend zu erklären sein möchte:

(Paulus.) §. 2. „Quaedam interdicta rei persecutionem „continent, ueluti de itinere actuque pri„uato, nam proprietatis causam conti„net hoc interdictum. Sed et illa interdicta „quae de locis sacris et de religiosis pro„ponuntur, ueluti proprietatis causam „continent, item illa de liberis exhibendis, „quae sui iuris tuendi causa diximus com„petere, ut non sit mirum, si, quae inter„dicta ad rem familiarem pertinent, pro„prietatis, non possessionis causam „habeant."

§. 3. „Haec autem interdicta quae ad rem fami„liarem spectant, aut adipiscendae sunt pos„sessionis aut recuperandae aut retinendae.

Die Stelle beginnt damit: es gebe gewisse Interdicte, die eine Verfolgung der Sache in sich enthalten, und als Beispiel wird das Interdict aus dem Besitze einer Wegservitut gebraucht, "nam proprietatis causam continet hoc interdictum", das heißt: denn hier entsteht die Interdictsactio aus einem Recht an der Sache, dem relativen Recht nemlich, das eben durch Aufstellung des Interdicts hervorgerufen ist. So möchte ich hier nicht mit Savigny Besitz S. 546. "reficiendo" zu itinere actuque priuato ergänzen. — Es folgen dann Fälle, von denen gesagt wird, daß sie ueluti proprietatis causam in se continent. Was gemeint ist, machen die Beispiele klar. Am locus religiosus, an den Kindern in der Gewalt habe ich kein wahres Eigenthum, aber es ist doch auch hier der proprietas ähnliches Verhältnis, das Interdict enthält auch

eine rei persecutio. Auch die loca sacra sind nicht im Eigenthum, aber der populus hat an ihnen ein Eigenthums ähnliches Recht, und dieses schüzt der Einzelne, dem die Aufsicht der heiligen Oerter anvertraut ist (s. L. 1. §. 3. Ne quid in loco sacro.) Paulus hätte auch die Interdicte wegen der loca publica hieher sezen können, wo jeder aus dem Volk als Vertreter desselben mit der popularis actio zugelassen wurde. Am klarsten ist der Schluß des §. 2. in Verbindung mit §. 3: diejenigen Interdicte, welche sich auf die res familiaris beziehn, enthalten causam proprietatis non possessionis. Es sind aber diese Interdicte, welche die res familiaris zum Gegenstand haben, die adipiscendae, recuperandae und retinendae possessionis; als Fälle der ersten Art werden dann die beiden Interdicte genannt, deren wir oben in dieser Beziehung erwähnten: das interdictum quorum bonorum und das interdictum salvianum. Vergleichen wir mit dieser Stelle die L. 7. §. 6. d. Publ. in rem act. von Ulpian: "Publiciana actio ad instar proprietatis non possessionis respicit", so wird dadurch kar, daß sich auch schon den Römischen Juristen der Begrif von relativen Rechten an Sachen als ein aus der Bildung des Römischen Rechts-Systems nothwendiger aufgedrängt hatte.

Wir haben bis jezt die Interdicte nach dem Charakter, den sie zur Zeit der Classiker entschieden haben, als Klagankündigungen in besondrer Form betrachtet. Diese Bedeutung hatten sie wohl nicht von jeher, sondern früher war jedes Interdict das Resultat einer extraordinaria cognitio, ein Befehl des Magistratus, der die Sache extra ordinem beendigte. Das Einzige fast, was auf den Entwikelungsgang der Interdicte einiges Licht wirft, sind die verschiedenen Formen, in denen die Interdicte im Edict erscheinen. Wir finden zwei Hauptformen: 1. Der Prätor verspricht im Edict unter bestimmten Voraussezun-

gen einen Befehl zu erlassen: interdicam oder interdictum dabo. L. 2. pr. ne quid in loco publ. L. 1. pr. ne in flum. publ. 2. Der Prätor spricht unmittelbar im Edict einen positiven oder negativen Befehl aus: restituas, uim fieri ueto. Die erste dieser beiden Formen halte ich für die, welche den ursprünglichen Sinn der Interdicte anzeigt. Was im Edict ausgesprochen, war kein Interdict, sondern nur das Versprechen eines Interdicts unter vorgezeichneten Bedingungen. Wer von diesem Versprechen Gebrauch machen wollte, mußte den Prätor überzeugen, daß die Bedingungen in ihm vorhanden seien, natürlich mit Zuziehung des Gegners. Gelang ihm der Beweis, so erließ der Prätor den Befehl: restituas, oder uim fieri ueto; und dieser Befehl endigte die Sache, er war ein Urtheilsspruch als Resultat der extraordinaria cognitio. — Diese Art des Verfahrens ward durch die in der zweiten Form bezeichnete verdrängt. Der Befehl, welcher früher im einzelnem Falle auf das Versprechen im Edict erlassen wurde, erschien nun sogleich im Edict. Da mußte er denn freilich eine ganz andre Bedeutung annehmen. Er ward für den Fall, daß gewisse Umstände eintreffen werden, für die Zukunft im Allgemeinen hin erlassen, statt daß er nach dem früheren Verfahren erst eintrat, wenn das Dasein der Bedingungen erwiesen war, und dann die Sache in dem bestimmten Falle entschied.

Traten nun die dem allgemeinen Befehl vorgesezten Bedingungen ein, so ging der, für den sie eintraten, vor den Magistratus und forderte Schuz und Verwirklichung seines durch das Interdict begründeten Rechts. Erkannte der Gegner das Vorhandensein der Bedingungen an, und daß er gegen den Befehl des Prätors gehandelt habe, oder ließ sich die Sache sogleich klar machen, so entschied der Prätor auch jezt noch contra ordinem, und auch hier noch in Interdictsform: restituas, ne uim facias. Bestritt der Gegner, daß der Kläger Rechte aus dem Befehl

im Edict herleiten könne, oder behauptete er, daß er sie, wenn sie auch vorhanden seien, doch hier wegen besondrer Umstände nicht geltend machen dürfe, brachte also Exceptionen vor, und die Sache war nicht sogleich de plano zu entscheiden, so gab der Prätor einen Judex, die Parteien compromittirten auf ihn in gewöhnlicher Weise in der Litis Contestatio, und so entstand die actio ex interdicto. Sie werden in der Ueberschrift des Digestentitels XLIII. 1., ohne Zweifel nach Vorgang der Edictsüberschrift, bezeichnet: extraordinariae actiones, wahrscheinlich deshalb, weil sie an Stelle der alten Interdicte im Sinne von extraordinariae cognitiones getreten waren. Nur wenige Interdicte gab es, aus denen auch in der späteren Zeit nie eine actio gegeben werden konnte, sondern wo immer extra ordinem durch Interdict entschieden werden mußte; so das interdictum de liberis exhibendis, da hier keine Schäzung für die Condemnation ein Edict gegeben ist. In L. 3. §. 6. d. lib. exhib. heißt es zwar "in hoc interdicto, donec res iudicetur etc." aber das muß gewiß von einem praeiudicium, z. B.: an Gaius Seii filius sit? verstanden werden, so daß je nach dem Ausgange dieses Präjudicats die Sache doch extra ordinem entschieden wird. Zum allergrößten Theil aber wurden die Interdicte das, was sie zur Zeit der Juristen allgemein sind: Ankündigungen prätorischer Klagen. Es ist dies wohl überhaupt die älteste Form solcher Klagankündigungen im Edict. Das unmittelbare Versprechen von in factum actiones: iudicium dabo, actionem in factum dabo, ist wahrscheinlich erst späteren Ursprungs, und seit es gewöhnlich ward, kamen wohl keine neue Interdicte mehr auf. Als die Uebergangsform kan man die betrachten, wo noch im Edict wirklich ein Befehl ausgesprochen, dann aber diesem sogleich das Versprechen einer Klage wegen Nichtachtung des Befehls angehängt wird. So lautet, wie wir es haben, das inter-

dictum uti possidetis, so das in L. 5. §. 6. de his qui effud. aufbehaltene. Auf dieselbe Weise ist in L. 15. §. 25. die iniuriarum actio angekündigt "nequid infamandi causa fiat. si quis aduersus ea fecerit — animaduertam, die man also auch als Interdictsklage betrachten könnte. — War ein Recht vom Prätor auf die Weise geschaffen worden, daß er im Edict verboten hatte, es zu verlezen (uim fieri ueto), oder befohlen hatte, ihm nachzukommen (restituas), und waren eine Zeitlang aus diesem Interdict Actionen gegeben worden, so gewöhnte man sich in manchen Fällen daran, das Recht, welches ursprünglich nur durch jenen Befehl vorhanden und von ihm unzertrennlich erschienen war, als ein selbständiges Recht zu betrachten. Diese Ansicht realisirte dann der Prätor wieder dadurch, daß er nun Actionen gab, in denen man sich nicht mehr auf das Interdict berief; namentlich in rem actiones für die Fälle, wo durch das Interdict ein Recht an der Sache begründet war; so die Seruiana actio für den Fall des interdictum Saluianum, die Hereditatis petitio praetoria im Fall des interdictum quorum bonorum, die Publiciana in rem actio für gewisse Fälle der possessorischen Interdicte. Da die Interdicte bloße Klagankündigungen und somit die Interdictsform ganz gleichgültig geworden war, so geschah es auch wohl, daß diese verloren ging, ohne daß das Interdict aufhörte, Interdict genannt zu werden. Ein merkwürdiges Beispiel hiervon ist das interdictum de ui. Als solches, als Interdict, wird es allenthalben bezeichnet, und doch enthält die Edictsstelle, wie sie uns von Ulpian in L. 1. de ui aufbehalten ist, gar nicht mehr ein Interdict, sondern die unmittelbare Ankündigung einer in factum actio in gewöhnlicher Form. Ursprünglich enthielt das Interdict ohne Zweifel einen Restitutionsbefehl [1]), und dieser ging

1) Ein solcher wird erwähnt L. 9. §. 1. d. ui (Paulus). "Deiectum ab usufructu in eandem causam restitui praetor iubet."

wohl nach der Analogie des interdictum uti possidetis der Festsezung des annus für die actio aus dem Interdict voraus. Das Interdict lautete etwa so: Vnde tu illum ui deiecisti aut familia tua deiecit, id, et quae ille tunc ibi habuit ei restituas. De his tantummodo intra annum; post annum de eo, quod ad eum peruenerit, iudicium dabo. Woher die Abkürzung, wie wir sie finden, stamme, ist nicht mit Sicherheit zu sagen. Die Compilation hat gewiß keinen Theil daran, auch Ulpian kann in seinem Commentar zum Edict nicht die Edictsworte willkürlich geändert haben. So bleibt wohl nur anzunehmen, daß das Interdict in dieser Gestalt schon in das edictum perpetuum aufgenommen worden sei.

Cap. VIII. Von der Eintheilung der Actionen in vier Classen.

Gaius IV. 1. gibt an, daß einige Juristen sich nicht mit der Eintheilung der Actionen in zwei Classen, in personam und in rem actiones, begnügt, sondern nach den Arten der Sponsionen vier Classen von Actionen angenommen haben. Er wirft diesen vor, sie haben einige species unter die genera mit aufgenommen. Heffter hat in seinen Observatt. zu Gai. IV. c. 17. die von Gajus verworfene Eintheilung auszuführen gesucht. Es ist uns zu wenig gegeben, um hier zur Ueberzeugung zu gelangen; um so leichter ist es, hier eine neue Meinung aufzustellen, aber auch um so fruchtloser, wenn sie nicht aus irgend einem Grunde eine größere Wahrscheinlichkeit für sich hat. Ich will mir erlauben, die vierfache Eintheilung auf eine andre Weise als Heffter zu versuchen; ob mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit, überlasse ich dem Leser. — Es gibt zwei Hauptarten, wie eine actio angestellt werden kann, entweder per sponsionem oder nicht per sponsionem, d. h. entweder so, daß die Intentio unmittelbar auf ein andres Recht gerichtet wird, als

das, welches man hauptsächlich durch die Actio verfolgen will; oder so, daß die Intentio unmittelbar auf dies Recht selbst gestellt wird. Jede dieser Classen hat aber zwei Unterclassen. Die actio ohne Sponsio kan in personam oder in rem sein; beim agere per sponsionem komt dieser Unterschied nicht so zum Vorschein; wohl aber ein andrer. Die Sponsion kan nemlich blos formal sein, so daß die Sponsionssumme gar nicht eingeklagt werden kan, wie das der Fall ist, wenn eine in rem actio in eine Sponsion eingekleidet wird; sie kan aber auch eine materielle Bedeutung haben, indem die Sponsionssumme aus dem Judicat wirklich eingeklagt wird; dieser Fall wird durch: cum periculo agere bezeichnet. So ist es z. B. bei den Interdicten, Gai. IV. 165. Das scheint mir die natürlichste Art, die vier Classen von Actionen zu erklären: 1, in personam actio ohne sponsio, 2, in rem actio ohne sponsio, 3, actio per sponsionem sine periculo, 4, actio per sponsionem cum periculo. Es ist, wie gesagt, bei so mangelhaften Quellen nicht zur Ueberzeugung zu gelangen; dafür hat man den Vortheil, daß man nicht so leicht widerlegt werden kan.

VII.

Recension.

Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwikelt von Dr. A. A. F. Rudorff, außerord. Prof. der Rechte und Beisizer des Spruchcollegiums an der Friedr. Wilh. Universität zu Berlin. Erster Band, Berlin bei Ferd. Dümmler 1832.

Von Bethmann-Hollweg.

(Geschrieben vor dem Erscheinen des zweiten Bandes.)

Es ist gewiß erfreulich, daß, während vor nicht langer Zeit bei manchen Civilisten eine einseitige Vorliebe für das ältere Römische Recht, ja für jene ältesten Zustände, über welche bei der Dürftigkeit der Quellen nur gewagte Combinationen möglich sind, bemerkbar war, jezt mehr und mehr das Detail des praktischen Rechts aus sichern Quellen dogmatisch und zur unmittelbaren Anwendung bereitet dargeboten wird. Zu bedauern wäre es nur, wenn über der Berüksichtigung des Nüzlichen die Strenge der wissenschaftlichen Methode und jene jugendliche Lebenswärme verloren ginge, welche das Streben nach Wahrheit um ihrer selbst willen begleitet; es wäre der sichere Vorbote des Sinkens unsrer Wissenschaft.

Der oben bezeichneten Richtung gehört offenbar auch das Werk an, dessen erster Band hier beurtheilt werden soll. Schon der Titel kündigt "das Recht der Vormund-

schaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwikelt" an, und die Vorrede sagt uns, daß der Verf. seinen Plan, der ursprünglich auf das Römische Vormundschaftsrecht und dessen Modificationen durch das Canonische Recht und die Reichsgeseze gerichtet war, zum Theil um seinem Buche größere Brauchbarkeit zu geben, auf das gesammte Deutsche Vormundschaftsrecht erweitert habe, als dessen Quellen S. XI. neben den eigentlich gemeinrechtlichen eine bedeutende Zahl Deutscher Stadt- und Landrechte bezeichnet werden. Auch die Anordnung des Ganzen deutet auf überwiegend dogmatische Behandlung. Der erschienene erste Band handelt von dem Begriffe, den Arten und der Delation der Vormundschaft, der zweite wird die Excusationen und Rechte des Vormundes, und ein dritter die obligatorischen Verhältnisse und die Auflösung der Vormundschaft umfassen. Das Historische hingegen erscheint nur untergeordnet, dem Systeme eingefügt, und die Exegese tritt ganz zurük; nur wenige Stellen werden ausführlich erläutert.

Wer des Verfassers glükliches Talent für historische Combination und gründliche Behandlung der Quellen kennt (und die Proben davon liegen ja dem größern Publicum in seiner Dissertation de lege Cincia [1]), seinen Aufsäzen über die caducorum uindicatio [2]), das Edict des Tiberius Julius Alexander [3]) u. a. vor), kann nicht zweifeln, daß der hier eingeschlagne Weg Sache wohl überlegten Entschlusses sei, der um so mehr anzuerkennen ist, als er die Verleugnung einer lebhaften Neigung in sich schloß. Und gewiß werden nicht blos diejenigen, die vorzüglich die Anwendung des Rechts im Auge haben, sondern alle Freunde unsrer Wissenschaft dem Verfasser den Ernst und die Sorgfalt danken, mit

1) Berolin. 1825. 8.
2) Zeitschr. für gesch. R. W. VI. Nr. 6.
3) Rhein. Mus. für Phil. II. S. 64—84. 133—190.

welcher er den ganzen Vorrath Römischer und Deutscher Bestimmungen über die Vormundschaft kritisch durchdacht und geordnet zusammengestellt hat. Allein indem der Verf. auf diese Weise seine geistige Kraft vorzüglich dem Einzelnen zuwandte, und unsre Kenntnis davon vielfach berichtigte und erweiterte, bei dem Ganzen aber die Rüksicht auf Brauchbarkeit vorherrschen ließ, hat sein Werk an wissenschaftlicher Einheit und dadurch an Interesse verloren, welches ihm zu verleihen doch ganz in seiner Macht stand.

Wir erkennen in dem Recht einen doppelten Zusammenhang, den historischen und systematischen, und wenn auch der eine bei der Darstellung zur Hauptsache gemacht wird, so kann doch der andere nicht ohne Nachtheil unberüksichtigt bleiben. Hierauf beruht die methodologische Streitfrage nach der besten Form der innern Rechtsgeschichte. Gibt man in einzelnen Perioden systematische Uebersichten, so hat man den Vortheil, die einzelnen Rechtssäze und Institute in ihrer natürlichen gleichzeitigen Umgebung erscheinen zu lassen. Verfolgt man die einzelnen Institute in ihrer geschichtlichen Entwiklung, so wird eben diese mehr zur Anschauung gebracht. Daher hat keine Methode einen absoluten Vorzug; doch ist der Grad ihrer Anwendbarkeit durch den Gegenstand bedingt. Welche verschiedne Gestalten der allgemeine Begrif des Eigenthums durchlaufen, wird abgesondert von dem übrigen System fruchtbar dargestellt werden können. Wer hingegen das Consulat, und so jedes andre Stük der Römischen Verfassung für sich durch alle Jahrhunderte verfolgte, würde von dem Römischen Staatsrecht eine sehr unvollkommene und unlebendige Kenntnis erhalten, weil jedes dieser einzelnen Institute nur in dem Ganzen der Verfassung seine Bedeutung hat; daher auch gerade im öffentlichen Recht die periodische Betrachtung von Vielen beibehalten wird, die die innere Geschichte des Privatrechts dem Systeme einschalten.

Der Verf., indem er bei einem einzelnen Institute des Privatrechts die Geschichte dem Systeme unterordnete, hat seiner Darstellung die eine und andere Einheit zugleich geraubt, zumal da er mit dem Deutschen Recht einen neuen geschichtlichen Stoff und neue Elemente des Systemes hereingezogen hat. Auf diese Weise begegnen dem Leser mitten in der Betrachtung des gemeinen in Deutschland geltenden Vormundschaftrechts das älteste Patricische und Plebejische Recht, die alten Gentilen, die Patronatische und Fiduciarische Tutel in ausführlichem Detail dargestellt, u. A., welches Alles als ein Ganzes das Interesse in hohem Grade in Anspruch nehmen würde, so aber, als vereinzelte historische Notizen, nur wenig anzieht. Und nicht nur der Leser verliert bei dieser Methode: auch den Schriftsteller würde die vereinigte Betrachtung des Zusammengehörigen in seiner Forschung wesentlich gefördert haben. Für das vorliegende Werk wäre es daher ein wesentlicher Gewinn gewesen, wenn der Verf. in einer historischen Einleitung die Bildungsgeschichte des Römischen und Deutschen Vormundschaftrechts übersichtlich geschildert, in der Darstellung des in Deutschland geltenden gemeinen Rechts aber nur auf jene verwiesen hätte.

Aber auch die systematische Einheit ist darüber verloren gegangen. Denn nicht nur wird die Darstellung häufig durch historische Digressionen unterbrochen, sondern, indem der Verf. ältestes und neustes, Römisches und Deutsches zusammenfaßt, bildet er ein System aus incompatiblen Elementen. So kann es z. B. nicht gebilligt werden, wenn der Verf. unter der Rubrik tutela muliebris die Römische Tutel über Frauen, und die Deutsche Geschlechtsvormundschaft abhandelt, indem es wesentlich verschiedne Dinge sind. Ja die Aufstellung eines Begrifs der Vormundschaft (§. 1.), welcher dem Römischen, dem rein Deutschen und unserm heutigen gemeinen Rechte auf gleiche Weise angehörte, ist unmöglich, weil diese ver-

schiednen Rechte unter Vormundschaft etwas wesentlich Verschiednes denken. Freilich liegt ihnen ein gemeinsamer höherer Begrif von Vormundschaft zum Grunde. Dieser mußte aber als ein allgemein menschlicher bezeichnet, konnte nur durch allgemeine, philosophische und historische Betrachtung, nicht als Aggregat des Gemeinsamen der in Deutschland geltenden Rechte gewonnen werden.

Völlig zweklos muß aus denselben Gründen die durchgehende Berüksichtigung des Griechischen Rechts erscheinen. Denn da der Verf. weder einen historischen Zusammenhang, sei es durch Entlehnung oder Stammverwandtschaft, behauptet, noch aus der vergleichenden Betrachtung Resultate für die Philosophie des Rechts zieht, mithin die Uebereinstimmung rein zufällig erscheint, so wird dem Leser nicht klar, welcher Gewinn der Wissenschaft daraus entstehe.

Uebrigens wird der hier gerügte Mangel in der Methode der Brauchbarkeit des Buches wenig Eintrag thun, ja er kan in den folgenden Theilen völlig vermieden werden, indem bei den Rechten und Pflichten der Vormünder die systematische Entwiklung des Römischen Rechts die Hauptsache ist, die Darstellung also schon durch ihren Gegenstand mehr Einheit gewinnt. Möglichste Zusammendrängung des dogmatischen Details möchte jedoch auch dort zu empfehlen sein.

Was die Beurtheilung der Quellen betrift, so hat die Masse den Verf. genöthigt, sich meistens auf bloße Verweisungen zu beschränken. Es ist hierbei eine Gefahr, welcher er nicht überall entgangen ist, nemlich Stellen anzuführen, die den Saz des Textes nur vermittelst einer entfernten, dem Leser nicht immer gegenwärtigen, vielleicht zweifelhaften Ideenverbindung oder auch wohl gar nicht beweisen. Einzelne Beispiele werden unten vorkommen.

Indem ich mich nun zur Betrachtung des Einzelnen wende, verspreche ich weder eine vollständige Inhaltsangabe, noch werde ich mich auf bloße Beurtheilung be-

schränken, sondern wo es nüzlich scheint, auf die Sache selbst näher eingehen, der Bestimmung dieser Zeitschrift entsprechend, in welcher eigentlich Recensionen nur eine untergeordnete Stelle einnehmen.

Der Erste Abschnitt handelt 1) von dem Begriffe und der allgemeinen Natur der Vormundschaft, 2) von ihren verschiednen Arten. Die Begrifsbestimmung leitet der Verf. mit der allgemeinen Bemerkung ein, daß alle Personen, welche wegen der Art ihrer Persönlichkeit, oder wegen ihres Geschlechts, Alters ꝛc. oder wegen andrer rechtlicher und natürlicher Ursachen nicht ihre eignen Vormünder sind, eines fremden Beistandes bedürfen. Einen solchen gewähre ihnen, sofern eine Abhülfe durch selbstgewählte Repräsentanten nicht zulässig sei, die Vormundschaft unter Controle der Obervormundschaft und des Familienrathes. Uebersehen wir auch das Unlogische, das in jener Aufzählung der Gründe der Hülfsbedürftigkeit, und in ihrer Bezeichnung durch Vorausnahme des zu erläuternden Begrifs liegt, (denn offenbar ist der Römische Ausdruk suae tutelae, so wie der ähnliche der Deutschen Rechtsquellen ein abgeleiteter); so entsteht doch in der Sache selbst folgendes Bedenken. Der Schuz, die Vertretung in bürgerlichen Verhältnissen, welche gewisse Personen aus verschiednen Gründen bedürfen, wird ihnen zunächst durch die natürlichen Familienverhältnisse, Ehe und väterliche Gewalt, gewährt, welche zwar keineswegs darin ihre eigentliche Bestimmung haben, aber, indem sie die Abhängigkeit des einen Theils begründen, natürlicherweise auch Schuzverhältnisse werden. Dagegen ist die Vormundschaft ausschließlich ein solches, und tritt nur da ein, wo jene natürlichen Schuzverhältnisse nicht ausreichen. Hierin nun, und nicht darin, daß sie eintritt, sofern eine Abhülfe durch selbstgewählte Repräsentanten nicht zulässig ist [4]), scheint

---

4) Dies ist eigentlich nur eine nähere Bestimmung ihrer Schuz-

mir das Wesen der Vormundschaft zu liegen, welches auch durch die einleitende Bemerkung des Gajus, daß nur Personen, welche nicht in potestate, manu, mancipio seien, in tutela oder cura stehen könnten, vom Standpunkte des Römischen Rechts aus ganz richtig angedeutet wird. Der Verf. freilich geht hierbei von dem Germanischen Rechte aus, welches nach seiner Behauptung [5]) eben darin von dem Römischen Rechte abweicht, daß es die Gewalten des Hausvaters über die seiner Gewere unterworfnen Personen, die Ehefrau und die Kinder, nicht als potestates, sondern als wirkliche echte Vormundschaften, Species des Mundii, betrachtet. In diese Ansicht sich versezend erklärt der Verf. gerade umgekehrt die Römischen potestates für Surrogate der Vormundschaft, indem sie sie überflüssig, ja unmöglich machen, und läßt, da jene potestates veraltet sind, in der Darstellung des heutigen Rechts unter den verschiednen Arten der Vormundschaft auch die des Vaters und des Ehemannes erscheinen (§. 25. 26.). Allein, wenngleich zugegeben werden muß, daß die väterliche und eheliche Gewalt des Deutschen Rechts durch ihre mildere Natur, jene auch durch ihre Beschränkung auf die Zeit der Hülfsbedürftigkeit, der Vormundschaft ähnlich sei, so wird dadurch ihre Aufnahme in den Begrif der Vormundschaft doch eben so wenig gerechtfertigt als durch den Namen Mundium im altdeutschen Recht [6]), oder die Bezeichnung natürliche Vormundschaft bei den neuern Juristen. Ehe und väterliche Gewalt bleiben dennoch Familienverhältnisse von ganz eigenthümlicher Bedeutung, welche nur nach Einer Seite hin als Schuzverhältnis sich

---

bedürftigkeit; wer sich einen Procurator bestellen kann, ist nicht vollkommen indefensus.

5) S. 27. weiter ausgeführt §. 24.

6) Dieses zeigt in der Bestimmung und Bezeichnung rechtlicher Begriffe zu wenig Schärfe, als daß auf diesen Namen solches Gewicht gelegt werden könnte.

darstellen; man müßte denn diese Eine Seite von den übrigen losreißen und den Begrif der Vormundschaft so allgemein fassen, daß er auch dies Verhältnis umfaßte. Allein daß jene Trennung einen natürlichen Zusammenhang aufhebt, und der so allgemein gefaßte Begrif für die Wissenschaft untauglich ist, beweist der Verf. selbst, indem er S. 178. das Detail des väterlichen und ehelichen Vormundschaftrechts abzuweisen sich genöthigt sieht, und damit einräumt, daß er einen fremden Gegenstand hereingezogen habe [7]). Wollte er diese Verhältnisse hier erwähnen, wegen der Stellung, die ihnen frühere Schriftsteller gegeben, und wegen ihrer Berührung mit der eigentlichen Vormundschaft im Leben, so mußte eben dies ihr Verhältnis bestimmt festgestellt, auf keine Weise durfte aber der Begrif der Vormundschaft mit Rüksicht auf Fremdartiges modificirt werden.

Was den allgemeinen Charakter der Vormundschaft betrift, heißt es weiter S. 3., so bezeichnen die classischen Juristen sie als ein munus publicum. Nachdem dies aus den Quellen erläutert worden, wird S. 7. bemerkt, daß diese Ansicht früher, als die Vormundschaft noch regelmäßig der Familie des Pflegebefohlnen zustand, nicht möglich gewesen, und S. 9. als Ausnahme erwähnt, daß die gesezliche Vormundschaft der nächsten Erben, zumal im ältern Recht, nicht als ein öffentliches Amt, sondern als ein Familienrecht betrachtet worden sei. Aehnliche Ansichten fänden sich auch in manchen ältern Deutschen Rechtsquellen; heutzutage sei aber die Ansicht des spätern Römischen Rechts herrschend. Wir vermissen auch hier die vollständige Entwiklung des innern Zusammenhangs, welcher folgender sein möchte.

---

7) Die praktischen Verschiedenheiten dieser s. g. natürlichen Vormundschaften von der eigentlichen, welche S. 176. folg. bemerkt werden, sind nur Folgen der oben bemerkten Grundverschiedenheit.

Die Frage ist, woran jenes Schuzverhältnis, welches die Stelle der natürlichen Familiengewalten vertritt, geknüpft werden soll? Eine unter den Neuern sehr verbreitete Ansicht, die selbst allgemeine Nothwendigkeit für sich in Anspruch nimt, ist, der Staat sei allein befugt und verpflichtet, denjenigen seiner Glieder, welche Schuz bedürfen, denselben zu ertheilen; und er thue dies durch die Vormundschaftsgerichte, und durch den Vormund, als einen diesen untergeordneten Staatsbeamten. Ja selbst die väterliche Gewalt wird für ein vom Staat übertragnes Polizeirecht erklärt [8]). Wir können diese Ansicht sowenig theilen, als überhaupt die Familie aus dem Staate ableiten. Der Idee nach hat sie gleich ursprüngliches Recht, und in der Zeit ist sie selbst das frühere, indem aus ihr das Geschlecht und das Volk hervorgeht, dessen rechtliche Gemeinschaft der Staat ist; daher auch ihre überwiegende Bedeutung in ursprünglichen Völkerzuständen, während sie, wie der Verf. S. 11. richtig bemerkt, bei fortschreitender Entwiklung des Staats dieser größern Gemeinschaft mehr und mehr weicht. So finden wir denn auch die Vormundschaft ursprünglich als ein Verhältnis des reinen Privat- und Familienrechts. Die Familie, als Gemeinschaft der Liebe, verbindet ihre Glieder zu gegenseitiger Hülfe. Deshalb sind die nächsten Verwandten auch die zunächst zur Vormundschaft Berufenen, und finden, indem sie dieser Verpflichtung genügen, darin zugleich ein Mittel für die Erhaltung des Familiengutes, auf das sie ein Anrecht haben, zu sorgen. So ist die gesezliche Vormundschaft Pflicht und Recht zugleich. Daneben hat sich aber im Römischen Rechte auch das Princip der Willkür geltend gemacht. Der Vater kan in einem lezten Acte

8) Thibaut, Pandekten §. 342. — Der Verf. wird das Leztere wohl nicht annehmen, und doch liegt es in der Consequenz seines Systemes, indem er dem Vater eine wahre Vormundschaft zuschreibt, und diese allgemein als ein öffentliches Amt betrachtet.

seiner Gewalt die Familie ausschließen, und seinen Hinterbliebenen willkürlich einen Vormund sezen. Da diesem jedes eigne Interesse fehlt, so muß die testamentarische Vormundschaft auch mehr den Charakter der Pflicht als des Rechtes haben. Beiden Arten war die Idee eines öffentlichen Amts ursprünglich fremd, wofür ich einen entscheidenden Beweis in der in iure cessio des legitimus, und der freien abdicatio des testamentarius tutor [9]) finde. Die Beziehung des Gemeinwesens zu seinen hülfsbedürftigen Gliedern ist indeß damit nicht ausgeschlossen, nur daß sie später, und subsidiarisch hinter der Familie eintritt. Den Uebergang bilden schon in der ältesten Zeit die gentes, als politische Genossenschaften, wie auch später noch die Mitglieder der Zünfte und ähnlicher Corporationen eine nähere Verpflichtung zu den Vormundschaften ihrer Genossen hatten [10]). Die nächstweitere Verbindung ist dann die der Gemeinde, welche ihre Bürger im Interesse des Ganzen und aller Einzelnen zu den verschiedensten Hülfleistungen in Anspruch nimt. Dies sind die munera [11]), Aemter ohne obrigkeitliches Ansehen, welche, als allgemeine Bürgerpflicht von den Magistraten abwechselnd Einzelnen übertragen, von diesen übernommen werden müssen, wenn nicht besondre Gründe (excusationes) davon befreien. In deren Zahl ist nun auch die Vormundschaft, die der Magistrat anordnet, wenn weder durch die Familie noch den Willen des Vaters gesorgt ist (tutorem habenti tutor dari non potest), welche deshalb auch nur durch Excu=

9) Vlp. fragm. XI. 17. Der Vf. S. 311. beschränkt beides auf die muliebris tutela; für in iure cessio unrichtig, für die abdicatio ohne Beweis. Die Analogie der in iure cessio würde auf ihre Zulässigkeit bei der pupilla führen, und die Rechenschaft, die der Vormund zu geben hat, kann auch nach der abdicatio eintreten.

10) Fragm Vat. §. 158.

11) Die munera standen ursprünglich mit dem Municipalwesen in wesentlicher Verbindung, wenn gleich manche derselben später davon unabhängig wurden. — Ich berücksichtige hier nur die munera personalia, nicht die mun. patrimonii.

sation abgelehnt werden kan. Dann ging diese Vorstellung auch auf die testamentarische und gesezliche Vormundschaft über, wenngleich die leztere als Schuzmittel des Intestaterbrechts längere Zeit den Charakter eines lucrativen Privatrechts behalten mußte. Die Eigenschaft eines öffentlichen Amtes aber wurde verstärkt durch die in dem spätern Recht immer mehr ausgedehnte Oberaufsicht der Gerichte über die Vormundschaftsverwaltung. Die Vormundschaft behielt jedoch stets die Natur eines verpflichtenden munus, und wird von den Römern nie (wie der Verf. S. 26. will) mit einer obrigkeitlichen oder magistratischen potestas verglichen. Weiter ist man allerdings seit Reception des Römischen Rechtes in Deutschland gegangen. Die testamentarische und gesezliche Vormundschaft hat beinahe aufgehört, da jeder Vormund der Bestätigung durch die Gerichte bedarf, welche nach ziemlich freier Beurtheilung ertheilt oder versagt wird; und die obervormundschaftliche Controle ist besonders in einigen neuern Gesezgebungen bis zu einer Höhe getrieben, wo sie den Vormund nur als ausführenden Unterbeamten erscheinen läßt, und in der That aufhört Wohlthat zu sein[12]). Grund genug, zu einer naturgemäßeren Behandlung zurükzukehren, und an der noch immer geltenden Grundansicht festzuhalten, daß die Vormundschaft ein Privatfamilienverhältnis sei, dessen Uebernahme jedoch eine gemeine Bürgerpflicht ist, und welches auch sonst in gewissen Beziehungen die Natur eines öffentlichen Amtes angenommen hat.

Schon aus dem Gesagten ergibt sich, in wiefern auch die Controle der Obervormundschaft in den Be-

---

12) Wenn schon der ungeheure Aufwand von Kräften, den das Pupillenwesen nach Preußischer Verfassung in Anspruch nimt, zweifeln läßt, ob das Verhältnis von Mittel und Zwek gehörig abgewogen sei, so entscheidet für die Negative die bekannte Thatsache, daß Preußische Justizbeamte nicht leicht versäumen, die Sorge der Pupillencollegien für ihre Hinterbliebenen auszuschließen, so weit es die Geseze gestatten.

grif der Vormundschaft aufgenommen zu werden verdiente. Wie dem aber auch sei, so war es nicht zwekmäßig, die Rechte derselben in einer allgemeinen Zusammenstellung (§. 2.) vorauszuschicken, das Detail der Lehre aber erst in der Darstellung der Vormundschaft selbst folgen zu lassen. Dies Leztere freilich war durch den inneren Zusammenhang nothwendig gegeben; aber die allgemeine Zusammenstellung würde als Resultat dieses Einzelnen am Schluß des Ganzen anschaulicher und begründeter erschienen sein.

Ein wichtiges Bedenken in der Sache selbst ist aber, daß der Verf. auch die Controle des Familienrathes als zum Begriffe der Vormundschaft gehörig ansieht, und dieses Institut als ein gemeinrechtliches abhandelt (§. 3.). Als solches, gestehe ich, ist sie mir völlig unbekannt; denn die neuern Gesezgebungen kommen hier nicht in Betracht. Der Verf. scheint hierbei einen unrichtigen Gebrauch von Klenze's interessanter Untersuchung über die Cognaten und Affinen gemacht zu haben, auf welche er sich auch ausdrüklich bezieht. Das Resultat derselben ist doch nur dies, so weit ich es verstehe, daß neben der im Rechte ursprünglich allein als Verwandschaft anerkannten agnatio in der Sitte auch der weitere Kreis der Cognaten und Affinen vielfach bedeutend gewesen, ja die Grundlage manches rechtlichen Institutes, z. B. der Familiengerichte, geworden sei. Denken ließe es sich nun allerdings, daß derselbe Kreis der Verwandten einen dem Vormunde zur Seite stehenden Familienrath gebildet hätte. Allein die Beweise, die der Verf. für diese ganz neue Ansicht beibringt, sind nicht überzeugend. Folgende Rechte schreibt er jenem Familienrathe zu:

1) Der obrigkeitlich bestellte Vormund sei vorzugsweise aus diesem Collegium gewählt worden. Schon früher hatte Klenze a. a. O. S. 83. diese Vermuthung des Verf.'s in Beziehung auf den Atilianus tutor mitgetheilt.

Allein sie hat nicht Ein Quellenzeugnis für, und das Stillschweigen aller Nachrichten über die lex Atilia gegen sich. Hier wird L. 1. §. 23. D. de uentre ex poss. mitt. dafür angeführt. Diese sagt: Der Prätor pflege den curator uentris et bonorum, welcher das doppelte Interesse des ungebornen Kindes und der Gläubiger, auch das des Substitutus wahrzunehmen hat, aus denjenigen Personen zu wählen, welche in der einen oder andern Beziehung eine persönliche Gewähr geben; also z. B. aus den im Testament für den Postumus ernannten Vormündern, die das Vertrauen des Vaters empfiehlt; aus den Cognaten und Affinen, aus den Freunden des Verstorbenen, von deren Pietät getreue Verwaltung erwartet werden kan; oder um ihres eignen Interesse willen aus den Gläubigern, oder den dem Kinde Substituirten. Zulezt heißt es: sed utique is, qui idoneus uidebitur: aut si de personis eorum quaestio moueatur, uir bonus eligitur. Also von einer Berücksichtigung verschiedener Verhältnisse, unter andern auch der Verwandschaft, ist hier die Rede, von den Rechten eines abgeschlossenen Familienrathes mit keiner Sylbe. Mehr als dies kann daher auch durch Analogie für die Ernennung der eigentlichen Vormünder aus dieser Stelle nicht entnommen werden.

2) Den Verwandten stehe eine berathende Stimme über die Frage zu, ob eine Vormundschaft anzuordnen sei oder nicht. L. 3. §. 5. D. de Carb. ed. Die Stelle sagt: Die Cognaten, insbesondre die Mutter des Pupillen, ferner seine Tutoren sollen vom Prätor gehört werden, wenn er darüber entscheidet, ob es für den Pupillen besser sei, den ihm erregten Legitimitäts- und Erbschaftsstreit gleich jezt zu verhandeln, oder unter Ertheilung der Carboniana bonorum possessio auf die Zeit seiner Mündigkeit zu verschieben. Die Anordnung der Vormnndschaft ist eine andre, davon unabhängige Frage. Und auch in

jener Beziehung treten die Cognaten nicht als abgeschlossenes Collegium, sondern als Personen auf, von welchen der Prätor über das wahre Interesse des Pupillen am sichersten Aufschluß erhält.

3) Dem Familienrathe soll Recht und Pflicht der Erbittung und der Betrieb der Anstellung eines obrigkeitlichen Vormundes unter Vorsiz der Obrigkeit zustehn. Die Sache ist, daß das Römische Recht, da es die Magistrate nicht verpflichtet, unaufgefordert Tutoren zu bestellen [13]), Dritten, die im Interesse des Pupillen darauf antragen wollen, dies gestattet [14]). Verwandte, Freunde, und Erzieher werden genannt [15]), weil meist nur sie von diesem Rechte Gebrauch machen werden. Und selbst wenn der Prätor regelmäßig nur sie gehört, einen Fremden, der sich eindrängte, abgewiesen hätte [16]), so wären damit jene noch nicht zu einem Familienrathe constituirt. Die juristische Verpflichtung zur Erbittung der Vormünder wurde erst durch eine Constitution von Sever der Mutter bei Verlust ihres Erbrechts ex SC. Tertulliano, noch später auch dem Großvater, zulezt Allen, die ex testamento oder ab intestato zur Erbschaft des Pupillen berufen sind, unter Androhung derselben Strafe auferlegt. Mit der alten Gemeinschaft der Cognaten und Affinen steht dies also gar nicht in Verbindung.

4) Aehnlich verhält es sich mit der accusatio suspecti tutoris, welche der Vf. gleichfals dem Familienrathe beilegt (S. 19.). Als actio quasi publica kann sie jeder anstellen; selbst Frauen, wenn ein Pietätsver-

13) L. 1. §. 6. D. de mag. conu. Vlp. Magistratibus imputatur etiam, si omnino tutor uel curator datus non sit: sed ita demum tenentur, si moniti non dederint. Vgl. den Vf. S. 406. folg.

14) Der Vf. selbst nennt es S. 415. folg. eine popularis causa.

15) L. 2. pr. D. qui petant.

16) Darauf scheinen allerdings L. 2. §. 3. D. qui petant. L. 4. C. eod. zu deuten.

hältnis sie dazu drängt. Nur sittlich verpflichtet sind die Verwandten [17]), namentlich die Mutter, daher auch ohne Gefahr jener Strafe [18]); endlich die Freigelassenen [19]).

5) Dem Familienrathe gebühre die Berathung über alle persönlichen Verhältnisse des Pfleglings, dessen Aufenthalt, Wahl der Lebensart, Erziehung u. s. w., wobei namentlich die Erziehung einem aus der Mitte des Collegiums überlassen zu werden pflege. Hierdurch werde die Vormundschaft ergänzt, indem der Vormund für diese Bedürfnisse des Pfleglings nicht zu sorgen habe. Doch gebühre ihm in diesem Familienrath Siz und Stimme. Fast muß ich glauben, daß der Vf. sich diese Ansicht aus mir völlig unbekannten Quellen gebildet habe. Was das Römische Recht über das persönliche Verhältnis des Mündels enthält, ist auf folgende Säze zurükzuführen: Der Tutor als solcher hat damit nichts zu thun, er verwaltet nur das Vermögen, und gibt aus den Einkünften die nöthigen Alimente. Ja, das Recht und die Gerichte nehmen zunächst keine Notiz davon, sie überlassen die persönliche Pflege und Erziehung ganz den gewöhnlich ausreichenden factischen Verhältnissen. Nur wenn Streit und Zweifel entsteht, wo der Pupill leben, von wem er erzogen werden soll, tritt der Prätor dazwischen, und bestimmt es in Folge einer Untersuchung. Dabei nimt er Rüksicht auf den Willen des Vaters, auf Verwandschaft (und in dieser Beziehung hat die Mutter natürlich das nächste Recht), jedoch vor Allen auf die persönlichen Eigenschaften des zu Erwählenden; und hört über dies Alles natürlich die Verwandten, den Tutor u. s. w. Den erwählten Erzieher nöthigt er auch wohl zur Uebernahme,

17) L. 6. C. de susp. tut. Gordian. Pietatis fungeris munere, qui fratris tui filios (ut necessitudo sanguinis suadet) protegere conaris, rel.

18) L. 4. §. 4. D. qui petant.

19) L. 3. §. 1. D. de susp. tut. Vlp. Liberti quoque pupillorum grate facient si tutores suspectos fecerint.

zumal wenn es ein Verwandter oder Freigelassener ist einen Fremden nur indirect durch Entziehung des Legats aus dem väterlichen Testamente [20]). Die deutsche Rechtssitte hat zwar dem Vormunde über die Person des Pfleglings mehr eingeräumt; von der Mitwirkung eines Familienrathes weiß auch sie nichts.

Das Richtige möchte wohl dies sein. Die Vormundschaft, wie sie das gemeine Recht anordnet, sorgt zwar in vielen und wesentlichen Beziehungen für die Schuzbedürftigen; unmöglich aber kann sie alle Bedürfnisse befriedigen, am wenigsten in jenen persönlichen Beziehungen, denen völlig nur durch Elternliebe genügt wird; ja, die Römer, in dem Gefühl, daß durch Eingreifen der gerichtlichen Behörden hier mehr geschadet als geholfen werde, haben der Vormundschaft einen mehr sachlichen Wirkungskreis in der Verwaltung des Vermögens angewiesen. Um so mehr bedurfte sie einer unjuristischen, factischen Ergänzung, und diese fand sie dort, wie bei uns, in verschiedenen persönlichen Verhältnissen, unter denen die Blutsverwandschaft natürlich die erste Stelle einnimt, ohne dadurch zu einem gesezlich anerkannten Familienrathe constituirt zu sein.

II. Arten der Vormundschaft. A. Tutela 1. Begrif und Geschichte. §. 4. Hier wird der Begrif der Tutel im Gegensaz der Cura mit Rüksicht auf die Definition des Servius Sulpicius und geschichtlich erläutert. Die Exegese der L. 1. de tutelis ist gründlich und führt zu dem richtigen Resultat, daß diese, wie so manche andere Definition der Römischen Juristen, unbefriedigend sei, indem sie gerade die wesentlichen Merkmale des zu bestimmenden Begrifs nicht erwähne. In dem vollständigsten Besiz der allgemeinen Rechtsbegriffe, auf welchen die Einheit und Gliederung des Systemes

---

20) L. 1. 2. C. ubi pupill. L. 1. 5. D. eod.

beruht, und bei der sichersten Anwendung derselben, waren die Römischen Juristen doch in Definitionen und der äußeren Schematisirung sehr schwach, und legten auch, wie es scheint, auf diese äußeren Mittel wissenschaftlicher Einheit weniger Werth. Eine für die ursprüngliche Bedeutung der Tutel sehr wichtige Bestimmung glaubt jedoch der Vf. in den Worten des Servius: ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, zu finden; nemlich daß sie sich nur auf wehrlose Personen, Unmündige und Frauen (welche leztere die Stelle in ihrer ursprünglichen Gestalt eben deshalb gewiß erwähnt habe) beziehe, während die Cura auch für Wehrhafte oder Waffenfähige angeordnet sei. Die Tutel beruhe nemlich im Römischen Recht auf der Voraussezung, daß, wer keinen Kriegsdienst thue, auch der politischen Rechte verlustig gehe, welche mit der Waffenfähigkeit mittelbar oder unmittelbar zusammenhängen, und daß er deshalb auch diejenigen privatrechtlichen Geschäfte nicht vornehmen könne, welche, weil sie in politischen Formen vollzogen werden müssen, nur Vollbürgern zugänglich sind. Solchen nun solle die Tutel Schuz gewähren, nicht gegen die factischen Nachtheile der Wehrlosigkeit, etwa durch Abwehr von Injurien u. s w., auch nicht durch Vertretung in öffentlichen Angelegenheiten, z. B. der Comitien, wozu weder ein öffentliches noch ein Privatinteresse Veranlassung gebe, sondern sie solle lediglich den Wehrlosen das Recht und die gehörige Auctorität verschaffen, diejenigen Privatrechtsgeschäfte vorzunehmen, welche an politische Formen gebunden sind.

Dagegen ist Folgendes zu erinnern. Die Worte des Servius enthalten eine solche Hindeutung auf Wehrlosigkeit nicht. Defendere ist hier freilich nicht auf gerichtliche Vertheidigung zu beschränken, aber auf Waffenfähigkeit noch weniger zu beziehen. Auf eine juristische Vertretung deutet schon sponte, das nach dem Vf. selbst durch sine

auctore, besser wohl propria auctoritate, se ipso auctore, zu erklären ist. Sodann das unmittelbar vorhergehende, gleichbedeutende tueri. Wesentlich wurde der Sinn durch Umstellung beider Worte nicht verändert: ad defendendum eum, qui propter aetatem se tueri nequit. Und dies liegt in der Sache. Denn was der Pupill selbst nicht vermag, soll durch den Tutor geschehn. Wie sollte daher Servius aus der Unfähigkeit zum Kriegsdienst die Nothwendigkeit einer juristischen privatrechtlichen Vertretung unmittelbar ableiten? In der That ist aber defendere, defensio nichts anders als die allgemeine bürgerliche Vertretung seiner selbst oder eines andern, die Darstellung einer vollkommnen Person in allen gerichtlichen und privatrechtlichen Beziehungen, Leistung alles dessen, was Dritte von uns fordern können, sei es durch Befriedigung ihrer Ansprüche, oder durch Uebernahme ihrer Klagen. Ganz in diesem Sinne wird von ihr die Anerkennung der Persönlichkeit im Römischen Gemeinwesen abhängig gemacht. Der indefensus, d. h. der weder zahlt, noch Bürgschaft oder andre satisfactio gibt, noch das iudicium gehörig übernimt[21]), verlor ursprünglich durch die alte Personalexecution seine bürgerliche Existenz völlig, später wenigstens durch bonorum uenditio sein ganzes Vermögen und das Vollbürgerrecht[22]). Die Fähigkeit zu dieser Vertretung ist es, die dem Pupillen in der Stelle des Servius abgesprochen wird, und welche der Tutor

21) L. 63. D. de iudiciis. Vlp. Recte defendi hoc est iudicium accipere, uel per se uel per alium: sed cum satisdatione. nec ille uidetur defendi, qui quod iudicatum est non soluit. L. 95. D. de reg. iur. Vlp. Nemo dubitat soluendo uideri eum, qui defenditur.

22) In demselben Sinne wird auch von einer defensio rei gesprochen, welche nicht nur in der Uebernahme der dinglichen Klage, sondern in der Erfüllung jeder mit dem Besitz der Sache verknüpften Verbindlichkeit besteht, z. B. cautio damni infecti, deren Unterlassung auch missio in rem zur Folge hat.

ihm durch seinen Schuz gewähren soll [23]). Und denken wir jene Unfähigkeit als eine **rechtliche**, so hat **Servius** den Fall der Tutel dennoch sehr treffend bezeichnet, indem diese für den Minor und andre Curanden nicht behauptet werden kan [24]).

Wenn also **Servius** die Tutel mit der Wehrlosigkeit nicht in Beziehung sezt, so konnte doch diese Beziehung historisch begründet sein. In dem Sinne des Verf's. glaube ich auch dies bestreiten zu müssen. Wer wollte freilich leugnen, daß bei den Römern, wie bei den Germanen, Volks- und Heeresverfassung genau verbunden, eben deshalb Waffenfähigkeit Bedingung des Vollbürgerrechts war, Weiber und Kinder also **auch** aus diesem Grunde von den öffentlichen Angelegenheiten ausgeschlossen, ferner zu solchen Privatrechtsgeschäften unfähig waren, welche durch ihre Form einen öffentlichen Charakter hatten, daß sie also hierbei einer Vertretung bedurften? Allein diese Beziehung auf die Wehrverfassung ist eines Theils eine so entfernte, daß eine beiläufige Hinweisung bei Erwähnung der öffentlichen Handlungsunfähigkeit der Weiber und Kinder genügt hätte [25]); andern Theils wird hiedurch nur die Eine Hälfte der Tutel erklärt. Sehen wir auch gänz-

23) Wenn es in L. 30. D. de adm. tit. heißt: Tutoris praecipuum est officium, ne indefensam pupillam relinquat, so sagt uns L. 10. D. eod. worin diese defensio bestehen: Generaliter quotiens non fit nomine pupilli, quod quiuis idoneus pater familias facit, non uidetur defendi: siue igitur solutionem, siue iudicium, siue stipulationem detrectat, defendi non uidetur.

24) Der vom Minor hergenommene Einwand S. 28. trift meine Erklärung nicht, da ich unter defensio nicht blos die gerichtliche Vertretung verstehe. Ueberdies steht es dahin, ob die mangelnde legitima persona standi in iudicio des Minor dem alten Recht, etwa der lex Plaetoria, oder dem spätern seit Marc Aurel angehört.

25) Wir müssen erwarten, ob der Verf. aus dieser Beziehung für die Grenzbestimmung der pupillaris aetas im ältern Recht Gewinn ziehen wird, wie er S. 66. folg. anzudeuten scheint. Auch dies würde jedoch das Gewicht nicht rechtfertigen, welches er ihr beilegt.

lich ab von der negotiorum gestio, welche freilich nur mit der Pupillentutel wesentlich verknüpft ist, wird denn die auctoritas tutoris nur bei Rechtsgeschäften mit einer politischen Form, wie es der Verf. nennt, gefordert? Das Römische Recht verlangt sie bekanntlich aus zwei völlig verschiednen Gründen: 1) allerdings der Form wegen, bei allen feierlichen Handlungen. Allein selbst diese haben nicht alle jenen politischen Charakter. Für die mancipatio fehlt uns wenigstens noch immer ein directes Quellenzeugnis, daß die fünf Zeugen Repräsentanten der ursprünglich gegenwärtigen quinque classes waren [26]; in der historischen Zeit ist sie ein reiner Privatact, der unter Zuziehung einiger Freunde vorgenommen wird. Bestimmt fehlt jener öffentliche Charakter bei der cognitoris datio. Entscheidend ist aber, daß 2) ohne alle Rücksicht auf Form nur des Inhaltes wegen auctoritas nothwendig ist bei solchen Rechtsgeschäften, durch welche die Lage der Pupillen nachtheiliger wird. So bei Veräußerung von res nec mancipi durch Tradition, und bei Contrahirung von Schulden aller Art. Für die lezte ausgedehnte Classe von Rechtsgeschäften können selbst Frauen die auctoritas tutoris nicht entbehren. Diese ganze Hälfte der Tutel bleibt bei der Ansicht des Verf's unerklärt. Wie mich dünkt, ist dieser Misgrif aus dem unrichtigen Streben hervorgegangen, das Wesen der Tutel aus etwas Anderem zu begründen, als was sie selber ist.

Jugend und Geschlecht sind die einzigen allgemeinen regelmäßigen Gründe der Unfähigkeit [27] sowohl in den Angelegenheiten des Volks, im Krieg und Frieden, als im engern Kreise der häuslichen Verwaltung und des bür-

26) Auch Festus v. classici testes ist ein solches nicht, wenn gleich höchst merkwürdig.

27) Nichts anders will wohl Huschke sagen, wenn ich ihn recht verstehe, in der Krit. Zeitschr. Bd. 5. S. 284. "Die Gründe der Tutel müssen in der Stellung des Individuums zur Gattung liegen".

gerlichen Verkehrs selbständig handelnd aufzutreten, und eben deshalb zu einer, von individueller Reife und Tüchtigkeit unabhängigen, juristischen Handlungsunfähigkeit im öffentlichen und Privatrecht ausgebildet, während es daneben noch unzählige Gründe factischer, individueller Unfähigkeit gibt. In dem öffentlichen Recht ist jene juristische Handlungsunfähigkeit zugleich Rechtsunfähigkeit, jene Personen haben nur ein passives Bürgerrecht, sie sollen an den öffentlichen Angelegenheiten keinen Theil nehmen, von einer Vertretung ihrer kann daher hier nicht die Rede sein. Anders im Privatrecht. Insofern sie nicht in Hausgewalten stehen, sind sie der Rechtsfähigkeit nach selbständig, können eignes Vermögen haben; die zur Verwaltung desselben nöthige Handlungsfähigkeit aber entbehren sie, und bedürfen deshalb einer Vormundschaft. Dies ist die Römische tutela, von der cura schon dadurch geschieden, daß jene auf die einzig denkbaren allgemeinen Fälle juristischer, diese auf die unzähligen, individuellen Fälle factischer Handlungsunfähigkeit sich bezieht. Der ursprünglich ihr angewiesene Kreis ist das reine Privatrecht, sie wird überall thätig, wo das materielle Interesse des Mündels es erheischt; aus formellen Gründen freilich auch da, wo dieser Kreis den des öffentlichen Rechts berührt, wo auch die politische Unfähigkeit des Mündels zur Sprache kommt. Doch ist dies verhältnismäßig das mehr Untergeordnete, Zufällige.

Mit dieser ersten Eigenthümlichkeit der tutela steht dann die zweite in nothwendigem Zusammenhang. Der Verf. sezt diese mit andern Schriftstellern der neuern Zeit richtig in die auctoritas tutoris, während bei der cura nur Repräsentation vorkomme. Historisch erklärt er diesen Unterschied daraus, daß der Zeit, in welcher sich die Tutel entwikelte, Repräsentation durch freie Stellvertreter unbekannt war. Bedeutendes Moment war dies ohne Zweifel, aber für einen zureichenden Grund kan ich es

nicht halten, da auch die cura furiosi und prodigi jener ältesten Zeit angehören. Auch fehlt der Zusammenhang mit dem ersten Gliede, man müßte denn sagen, gerade bei jenen öffentlichen Rechtsgeschäften sei Repräsentation unzulässig gewesen. Aber der Verf. nennt hier S. 35. selbst auch die Obligation.

Huschke in der Krit. Zeitschr. Bd. 5. S. 282. folgg. hat versucht diesen Unterschied durch innere, aus dem Zusammenhang des Römischen Rechtssystems hergenommene Gründe zu rechtfertigen. Seine Deduction scheint mir jedoch nicht blos, wie unserm Verf., zu künstlich, sondern überhaupt nur logisch und nicht die Sache selbst ihrem Grunde nach erklärend. Gewiß läßt das Vermögen sich denken, theils als in der Person enthalten, theils von der Person getrennt und selbständig. Und jenachdem bei Anordnung einer Vormundschaft jene oder diese Ansicht zum Grunde liegt, wird der Vormund von der Person aus, durch sie, über das Vermögen gesezt sein, oder abgesehen von der Person, die als gar nicht vorhanden gedacht wird, unmittelbar über das Vermögen. Daß hiemit der Gegensaz der tutela und cura richtig beschrieben sei, wird Niemand bezweifeln. Allein da die Römer ihr Recht nicht erfunden haben, um logische Möglichkeiten darzustellen, so scheint mir damit noch nichts erklärt. Auch die Folgerung, welche Huschke S. 284. aufstellt, hat für mich keine nöthigende Kraft: weil die Tutel durch die Person auf das Vermögen gehe, so seien für sie nur diejenigen Gründe denkbar, worauf auch das alienum ius der Person selbst beruht d. h. sie müßten in der Stellung des Individuums zur Gattung liegen; — Kindheit und weiblichem Geschlecht. — Die curae dagegen, indem sie von dem Sächlichen des Vermögens ausgehen, beruhten nicht auf der nothwendigen Entwikelung der Person, sondern träten ein, so oft ein Vermögen aus irgend einem im Individuum als solchem liegenden Grunde schuzlos sei.

In der That ist die Tutel vorzugsweise Surrogat für väterliche und eheliche Gewalt, da sie auf den angegebnen, allgemeinen Gründen der Schuzbedürftigkeit, welchen regelmäßig durch jene Familiengewalten abgeholfen wird, beruht. Allein dessen unbeschadet könnte die tutela impuberum, wie im Griechischen Recht, eine unmittelbar auf das Vermögen gerichtete cura sein; die cura minorum und prodigi dagegen durch auctoritas die Natur einer Tutel annehmen. Ich erkläre mir die Sache etwas mehr historisch, glaube eben deshalb manche Zufälligkeit zulassen zu müssen, ohne deshalb ganz auf innern Zusammenhang zu verzichten.

Jugend und weibliches Geschlecht, die einzigen allgemeinen auf der Natur des Menschen beruhenden Gründe der Schuzbedürftigkeit werden, wie es oben bemerkt wurde, zur juristischen Handlungsunfähigkeit, welche ihrer Natur nach eine juristische Ergänzung, durch auctoritas, zuläßt. Daß man diese forderte, lag in der Unmöglichkeit der Repräsentation im alten Recht. Bei dem ältesten Fall der cura, an welchem sich ihr Begrif entwikelte, und welcher denn für die übrigen normirend wurde, war es anders. Der Wahnsinn begründet eine factische, individuelle, ja selbst totale Unfähigkeit. Eine Ergänzung ist nicht möglich, wo Alles fehlt, eine juristische Ergänzung nicht in Beziehung auf einen rein faktischen Mangel. Daher war Verwaltung des Vermögens an der Stelle des furiosus, Repräsentation, hier nicht zu vermeiden, und die zwölf Tafeln ordneten sie an, indem sie die Agnaten der Gentilen zu Herren seines Vermögens machten [28]). Aus demselben Grunde konnte später auch für andre Fälle faktischer Unfähigkeit, deren Zahl natürlich ungemessen ist,

28) Gai. II. 864: Agnatus furiosi curator rem furiosi alienare (e. g. mancipare) potest ex lege XII tabularum. Cic. de inuent. II 50: agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.

nur eine cura angeordnet werden [29]). Repräsentation war überdies jezt schon allgemeiner zugelassen. Eine eigenthümliche Bewandnis hat es aber mit der cura prodigi und minorum. Die Unfähigkeit des Ersten ist an sich eine juristische, und auctoritas wäre hier wohl denkbar. Diese Vormundschaft cura zu nennen, war indeß schon deshalb natürlicher, weil der Grund ihrer Anordnung ein individueller ist; die vollständige Uebergabe des Vermögens an die Agnaten und Gentilen, wie bei dem furiosus, aber nothwendig, um dem prodigus jeden Einflus, durch positive factische Verfügung, oder durch Verweigerung seiner Mitwirkung, zu entziehen. Auch dem minor konnte kein tutor gegeben werden, weil es ihm an der juristischen Handlungsfähigkeit nicht fehlte, man auch hieran nichts ändern wollte. Die lex Plaetoria machte von dem Beirathe des Curators nicht die Gültigkeit des Geschäfts, sondern nur die Möglichkeit einer Criminalklage abhängig. Auch die Constitution von Marc Aurel schmälerte, so viel wir wissen, die persönliche Handlungsfähigkeit des Minor nicht, sondern übergab die Verwaltung seines Vermögens dem Curator, ungefähr wie bei dem prodigus [30]). Doch blieb die Römische Gesezgebung sich hierin nicht ganz gleich. Indem man dem Minor die legitima persona standi in iudicio, die gerichtliche Handlungsfähigkeit, entzog, wurde auch eine Ergänzung durch den Curator möglich, dessen consensus ich hier für eine wahre auctoritas halte. Ebenso bei der Abrogation des Minor. Anders freilich z. B. bei der Veräußerung, welche der Curator durch

29) L. 12. pr. D. de tut. et cur. dat. His qui in ea causa sunt ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem proconsulem oportebit. L. 2. D. de cur. fur.

30) L. 3. C. de in integr. rest. min. (2, 22). Diocl. et Max. Si curatorem habens minor quinque et uiginti annis post pupillarem aetatem uendidisti, hunc contractum seruari non oportet: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est. rel.

seinen Consens nicht so wohl förmlich als factisch möglich macht, indem er etwa dem Minor eine Sache zur Veräußerung übergiebt. Anderseits konnte auch der Charakter der Tutel schon im ältesten Recht nicht unvermischt bleiben. Nur bei mündigen Frauen tritt er rein heraus, indem hier die auctoritas, und die damit verknüpfte Ertheilung von Rath zum Schuz genügt. Bei dem Pupillen ist regelmäßig auch Verwaltung, negotiorum gestio, nothwendig, und diese wird natürlich nicht einem besondern curator, sondern dem tutor übertragen, der in dieser Beziehung einem curator völlig gleichsteht [31]). Eben deshalb absorbirt die tutela impuberum, als ordentliche Vormundschaft, jede sonst mögliche oder nothwendige Cura, und bleibt dennoch eine wahre tutela, wenngleich aus factischen, zufälligen Gründen, (als infantia, Wahnsinn, Abwesenheit des Pupillen) auctoritas nicht möglich ist. Während bei mündigen Frauen, wo der Tutor als solcher nie negotia gerirt, im Fall einer außerordentlichen factischen Unfähigkeit der Frau zur Selbstverwaltung, als Wahnsinn, oder Minderjährigkeit, ein besondrer Curator nothwendig wird [32]).

Sehr interessant und beachtungswerth ist der von dem Verf. S. 40. folg. bemerkte Unterschied der Tutel und Cura, der gewöhnlich ganz übersehen wird. Die Tutel als Verhältnis zur Person des Schuzbefohlnen verpflichtet zu besondrer Treue, und geht in dieser Beziehung den heiligsten und nächsten Verhältnissen, namentlich der Schuzpflicht des Gastfreundes, des Clienten, der Cognaten und Affinen, noch vor; während die Cura als reines Verwaltungsamt eine solche Verpflichtung nicht mit sich führt. Einzelne praktische Folgen hiervon werden angegeben.

---

31) Daß der Verf. diese negotiorum gestio des Tutors selbst eine mit der Tutel verbundne cura nennt, ist unrömisch und kan leicht misverstanden werden.

32) Fragm. Vat. §. 103

2. Arten der Tutel. Einleitung. §. 5. a. Tutela muliebris. α. Römisches Recht. §. 6. β. Deutsches Recht. §. 7. Die hier zu machenden Bemerkungen über die Gründung der Römischen Geschlechtstutel auf die Wehrlosigkeit der Frauen und ihre Beschränkung auf feierliche und öffentliche Handlungen, endlich ihre Zusammenstellung mit der Deutschen Geschlechtsvormundschaft, sind schon oben vorgekommen.

b. Tutela pupillaris. §. 8. Deren allgemeine Bedeutung wird S. 66. durch Folgendes bestimmt: 1) Sie wird angeordnet, um der Unfähigkeit des unmündigen Alters abzuhelfen. Diese ist aber eine zweifache: Wehrlosigkeit und bürgerliche Unselbständigkeit auf der einen, und Unfähigkeit, sein Vermögen zu verwalten, auf der andern Seite. Daher ist diese Tutel auch ein munus duplex, während die Geschlechtsvormundschaft nur ein einfaches ist. Sie enthält nehmlich die doppelten Functionen der auctoritas und der negotiorum gestio oder administratio, so daß der Tutor gewissermaßen Tutor und Curator in einer Person ist. Doch werden beide Functionen nicht als zwei verschiedene Aemter betrachtet, sondern die Administration als ein wesentlicher Bestandtheil dieser Tutel gedacht, weshalb auch die Klage wegen der Geschäftsverwaltung, obgleich sie blos aus der Administration gegeben wird, nicht negotiorum gestorum actio, sondern tutelae actio genannt wird.

Es scheinen hier mehrere bedeutende Misverständnisse obzuwalten, zu deren Entstehung wieder der nicht hergehörige Begrif der Wehrlosigkeit mitgewirkt hat. Zuvörderst sehe ich nicht ein, wie die bürgerliche Unselbständigkeit und die Unfähigkeit, sein Vermögen zu verwalten, einander entgegengesezt werden können. Die leztere ist eine Seite oder Art der ersteren und findet sich in einem geringeren Grade auch bei den Frauen; denn Contracte und Veräußerungen sind Administrationshandlungen, die sie

nur mit dem Beirathe ihres Tutors vornehmen können. Bedenklich ist mir ferner die Erklärung, die tutela impuberum sei ein munus duplex, der Vormund sei hier Tutor und Curator zugleich, eine Darstellungsweise, welche den Quellen fremd ist. Geradezu irrig ist aber, was zulezt behauptet wird, die tutelae actio werde nur aus der negotiorum gestio, also nicht wegen auctoritas gegeben [33]).

Die Sache ist einfach diese. Frauen scheinen hinreichend selbständig, um in allen ihren Angelegenheiten selbst zu entscheiden; nur bei gewissen besonders wichtigen juristischen Handlungen sollte die auctoritas des Tutors hinzukommen, die freilich, da der Tutor sie nicht verweigern durfte, rechtlich betrachtet zu einer bloßen Form herabsank, in der That jedoch so viel bewirkte, daß die Frau immer einen Rathgeber zur Seite hatte, dem sie freilich nach Belieben folgen oder auch nicht folgen konnte. Eben deshalb war der Tutor auch für nichts verantwortlich. Auf alle Geschäfte, bei denen auctoritas nicht nothwendig, oder nicht einmal denkbar ist, z. B. nichtjuristische Administrationshandlungen, hatte er gar keinen Einfluß. Einen stärkeren Schuz bedurften die Unmündigen. Ihnen fehlt das nöthige Urtheil, um in ihren rechtlichen Angelegenheiten sich zu bestimmen und zu entscheiden. Diese Entscheidung und damit die eigentliche Fürsorge ist in die Hände des Tutors gelegt, dies ist seine Administration, von welcher er im tutelae iudicium Rechenschaft geben muß. Die Administrationshandlungen sind aber von doppelter Art: juristische, als Rechtsgeschäfte, gerichtliche Handlungen u. dgl., und nichtjuristische, Sorge für die Erhaltung und Nuzung der Grundstüke, Gebäude, Sklaven u. s. w.

---

33) Sollte dies lezte des Verf's Ansicht nicht sein, so ist wenigstens sein Ausdruk so gewählt, daß er kaum anders verstanden werden kan, und eine Warnung vor jenem Misverständnis nothwendig.

Bei den leztern kann nach der Form ihrer Vornahme nicht die Frage sein, sie sind ihrer Natur nach unförmlich, der Vormund besorgt sie an der Stelle des Mündels, ohne daß dies eine juristische Repräsentation genannt werden könnte. Anders bei der ersten Classe, den juristischen Handlungen. Bei diesen sollte der Pupill selbst mit der auctoritas des Tutors handeln, damit sie ihre rechtlichen Wirkungen für ihn äußern können; erst später erlaubte man dem Tutor, als Repräsentant des Pupillen allein aufzutreten. Dies war jedoch ein rein formeller Unterschied. Denn da der Tutor seine auctoritas nach freier Willkür ertheilen oder verweigern kan, und die Mitwirkung des Pupillen nur aus formellen Gründen Statt findet, so ist es doch allemal der Vormund, welcher entscheidet, und deshalb für diesen Theil seiner Administration (auctoritas) eben so im tutelae iudicium verantwortlich ist [34]), wie für die juristischen und nichtjuristischen Administrationshandlungen, die er an der Stelle der Pupillen vornimt (negotiorum gestio).

34) Entscheidend hierfür sind folgende Stellen: §. 2. I. de auct. Tutor autem statim in ipso negotio praesens auctor debet fieri, si hoc pupillo prodesse existimauerit. D. h. er muß unmittelbar bei Vollziehung des Geschäfts auctor werden, er soll es jedoch nur insofern, als er das Geschäft für vortheilhaft hält; im entgegengesezten Fall soll er seine auctoritas verweigern, wodurch das Geschäft unmöglich wird. L. 17. D. de auct. Paul. Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum Praetor cogere: primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare: deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturam consequitur. Vgl. die Stelle des Gajus in der folg. Note. Der Tutor des Pupillen soll nicht, wie der Geschlechtsvormund, zur auctoritas genöthigt werden; denn beim unvortheilhaften Geschäft würde dem Pupillen Schaden daraus erwachsen; während er beim vortheilhaften nichts einbüßt, indem er den entgangenen Gewinn im tutelae iudicium vom Tutor erlangt. Also steht dieser dafür ein, daß er durch Nichtinterponirung der auctoritas das Geschäft unmöglich machte. Vgl. L. 10. D. eod. Paul. Tutor, qui per ualetudinem uel absentiam, uel aliam iustam causam auctor fieri non potuit, non tenetur. — Es versteht sich hiernach von selbst, daß er auch wegen des schädlichen Geschäfts, wozu er auctor wurde, haftet. Vgl. L. 1. pr. D. de tut. act. L. 7. C. arb. tut.

Nicht zu übersehen ist die verschiedne Auffassung dieser Gegensäze bei Gajus und Ulpian. Jener faßt offenbar den materiellen Gegensaz der tutela mulierum und impuberum ins Auge, indem er sagt [35]): Die mündigen Frauen besorgen ihre Geschäfte selbst, der Tutor interponirt nur der Form wegen, häufig selbst gezwungen, seine auctoritas, und haftet deshalb nicht im tutelae iudicium; bei den Pupillen hingegen administrirt der Vormund, (sei es in der Form der auctoritas oder negotiorum gestio,) und muß im tutelae iudicium Rechenschaft geben. Ulpian hingegen beschreibt nur die äußere Form der Thätigkeit der Vormünder, wenn er sagt [36]): Die Tutoren der Pupillen thun beides, geriren negotia und interponiren auctoritas; die Tutoren der Frauen interponiren nur auctoritas. Denn indem er der negotiorum gestio die auctoritas entgegen sezt, kan er unter jener nur die repräsentative Thätigkeit des Vormundes, nicht die Verwaltung, die ja auch durch auctoritas geschieht, meinen. Und indem er den Geschlechtsvormündern die eine Hälfte dessen, was auch bei Unmündigen vorkommt, nehmlich auctoritas, beilegt, läßt er unbemerkt, daß sie in beiden Fällen eine völlig verschiedne Bedeutung hat, hier nur Förmlichkeit, dort entscheidende Mitwirkung ist.

B. Curatio. 1. Begrif und Arten. §. 9. Zu den Fällen der Cura wird auch das bei juristischen Personen, z. B. dem Staate, der Kirche u. a., regelmäßig

---

35) Gai. I. §. 190. 191. Mulieres . . quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant; et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem; saepe etiam invitus auctor fieri a Praetore cogitur: unde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur. At ubi pupillorum pupillarumue negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt. Unsern Vf. scheinen die lezten Worte irre geführt zu haben, indem er unter dem negotia tractare die gestio im formellen Sinn verstand.

36) Vlp. fragm. X. 25. Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt: mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.

eintretende Bedürfnis einer Verwaltung ihrer Angelegenheiten durch Beamte gerechnet, die Darstellung dieser Verhältnisse aber ins öffentliche Recht verwiesen. Auch hier scheint der Begrif der Vormundschaft durch Ausdehnung auf Fremdartiges völlig aufgelöst, und dieses Fremdartige dann nur willkürlich abgewiesen zu werden [37]). Anderseits ist gegen die Aufzählung der einzelnen Fälle der Cura über physische Personen zu erinnern, daß das Charakteristische, der Tutel gegenüber, welches nicht in der Größe, sondern in der Ungemessenheit der Zahl jener Fälle factischer Unfähigkeit liegt, unerwähnt geblieben ist.

In den folgenden §§. 10—22. werden diese einzelnen Fälle durchgegangen und zwar nach des Vf.'s eigner Angabe „in der Ordnung, in welcher sie in dem Leben eines Menschen nach natürlicher Folge etwa vorkommen," also die cura uentris, pupilli, minoris u. s. w., zuletzt die cura hereditatis iacentis. An der Stelle dieses ganz äußerlichen Anordnungsgrundes wäre wohl besser die innere Verwandschaft der einzelnen Fälle, oder die historische Folge berücksichtigt worden. Jene würde der cura uentris und bonorum ex Carb. edicto die ähnlichen Fälle der cura bonorum absentis, im Concurse, und hereditatis iacentis beigesellt haben. Nach diesen wäre die cura furiosi und prodigi der cura minorum, und diese wieder der cura pupillorum vorausgegangen. Die Anordnung ist freilich nicht die Hauptsache: doch ist sie als Darstellung eines innern Zusammenhangs für die Sache selbst aufklärend, und Willkür spricht auf keine Weise an.

Cura pupillorum. §. 12. Die gewöhnliche Ansicht, die auch ich bis dahin getheilt hatte, daß der ordentliche Vormund des Pupillen auch im neusten Recht

37) Der Umstand, daß etliche jener öffentlichen Beamten von den Römern curatores genannt werden, worauf der Vf. in Note 4. hinweist, ist völlig gleichgültig.

allemal ein Tutor, der außerordentliche hingegen ein Curator sein müsse, wird hier überzeugend widerlegt. Zweierlei würde jedoch dieser Beweisführung die gebührende Anerkennung noch mehr sichern. Erstens, wenn das historische Verhältnis dieser cura pupillorum genauer bestimmt wäre, wofür es an Anhaltpunkten in den Quellen nicht fehlen dürfte. Nicht nur das älteste Recht, noch Gajus scheint nichts von einer ordentlichen cura über Pupillen zu wissen. Sie mag zuerst als außerordentliche Vormundschaft aufgekommen sein, wegen Verhinderung des Tutors aus den vom Vf. S. 87. angegebenen Gründen; denn so erwähnen sie schon Celsus und Pomponius[38]. Als ordentliche Vormundschaft erscheint sie erst bei den spätern Classikern[39], und dies bestätigt die an sich wahrscheinliche Annahme, daß sie als solche erst seit Einführung der allgemeinen cura minorum aufkam[40]. Zweitens würde das Resultat der ganzen Untersuchung, schärfer gezogen, der gewöhnlichen Ansicht etwas näher kommen, und dadurch annehmlicher werden. Nach den eignen Ergebnissen des Verf.s dürfte es nicht unrichtig sein, zu sagen: daß der ordentliche Vormund eines Pupillen in der Regel ein tutor, nur ausnahmsweise curator, und umgekehrt der außerordentliche regelmäßig curator, ausnahmsweise und insbesondre, wenn auctoritas nöthig wird, tutor sei. Jenes ist schon als das Zwekmäßigere anzunehmen, indem bei Bestellung des Vormundes nicht vorausgesehen werden kan, ob nicht die Verwaltung auctoritas nothwendig machen werde; dies erkennt der Vf.

---

38) L. 11. D. de tut. et cur. dat. L. 13. D. de tutelis.

39) S. die entscheidenden vom Vf. S. 83. angeführten Stellen von Ulpian, Paulus und Modestin.

40) Mit welcher sie übrigens nicht zusammenfließt. Das Amt des curator pupilli endigt mit erreichter Pubertät. L. 25. D. de tut. et cur. dat. L. 2. C. in quib. cas. (5, 36.) L. 1. C. quando tut. esse desinant (5, 60.)

selbst bei den einzelnen Fällen an [41]), und scheint sowohl durch §. 2. und 5. I. de curator. [42]) als durch die zahlreichen Interpolationen der Justinianischen Compilation bestätigt zu werden.

Curatio minorum. §. 13. 14. Der Ursprung derselben wird in der Lex Plaetoria nachgewiesen; sodann das Verhältnis dieser älteren cura minorum zu der des K. Marcus durch gründliche Interpretation der bekannten Stelle des Capitolin nebst Prüfung der Erklärungen Andrer bestimmt; das Recht der Lex Plaetoria selbst jedoch nur beiläufig erwähnt, vielleicht um der in Note 21. angekündigten Abhandlung von Savigny nicht vorzugreifen. Bei der cura des Marc Aurel wird die Frage berührt, inwiefern der Minderjährige zur Annahme eines Curators genöthigt werden konnte, deren ausführliche Beantwortung später S. 408. folg. gegeben wird. In der Hauptsache theile ich die Ansicht des Vf's.

Wir sind daran gewöhnt, den Minderjährigen nur dann gegen die Unerfahrenheit und den Leichtsinn seines Alters gesichert zu denken, wenn die Verfügung über sein Vermögen ihm unbedingt entzogen und auch gegen seinen Willen einem Vormunde übergeben ist. Aus dieser Vorstellung entsprangen die Versuche, gegen das klare Zeugnis der Quellen [43]) eine wenigstens indirecte Nöthigung zur Annahme des Curators in das Römische Recht hineinzutragen. Der Vf. bemerkt richtig, daß die Worte des Capitolin: statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, dafür nicht angeführt werden können, und mit jenem

41) S. 85. Z. 6. v. ob. S. 87. Z. 7. v. o. S. 88. Z. 2. v. u.

42) Indem die Bestellung eines außerordentlichen Curators durch die Regeln: Tutorem habenti tutor dari non potest, und curator et ad certam causam dari potest, gerechtfertigt wird.

43) §. 2. I. de curat. Inuiti adolescentes curatores non accipiunt. L. 13. §. 2. D. de tut. et cur. datis. Pap. — minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent.

Zeugnis nicht im Widerspruch stehn. Doch geht er zu weit, wenn er behauptet, ihr Sinn sei nicht: ut accipere deberent, sondern ut accipere possent. In der That können sie beides heißen, und beweisen deshalb weder für noch gegen. Auch L. 1. §. 3. D. de minor., woraus man abgeleitet hat, der Minderjährige werde durch gerichtliche Beschlagnahme seines Vermögens indirect zur Erbittung eines Curators gezwungen, bezieht der Vf. S. 414. Note 21. richtig auf die Ausantwortung des Vermögens beim Ende der einmal begründeten Cura, welche allerdings nicht vor Ablauf des fünf und zwanzigsten Jahres geschehen soll. In der That war es dem Geiste des Römischen Rechts ganz gemäß, den Minderjährigen, welche nach wie vor persönlich handlungsfähig sein sollen, die Cura als eine Wohlthat anzubieten, nicht aufzudringen. Wohlthat blieb es doch, indem die Magistrate angewiesen wurden, ihrer Bitte Gehör zu schenken, der bestellte Curator verpflichtet wurde, sich diesem Amte zu unterziehen, und also der minor unter die schützende Gewähr der öffentlichen Gewalten gestellt war. Auch konnte darauf gerechnet werden, daß den Minderjährigen beim Austritt aus der Tutel oder der väterlichen Gewalt theils das Gefühl der eignen Schwäche, theils der Rath von Freunden und Verwandten zur Annahme der gebotenen Hülfe entscheiden, und so mit einemmal gegen alle einzelnen Versuchungen des Leichtsinns schützen werde.

Alle Gefahr war freilich damit nicht abgewandt, und man sieht sich deshalb nach ergänzenden Rechtsvorschriften um. Eine solche findet der Vf. mit Recht in der Verpflichtung der Tutoren, den adultus an die Erbittung von Curatoren zu erinnern [44]). Auch dieses dehnt er jedoch zu weit aus, indem er behauptet, die Verantwortlichkeit des Tutors habe erst mit Bestellung der Curatoren

---

44) L. 5. §. 5. D. de adm. L. 7. C. qui petant.

aufgehört (L. 33. §. 1. D. de adm.), und bei beharrlicher Weigerung des Pfleglings habe der Tutor selbst auf Ernennung des Curators antragen können (L. 7. C. qui petant.). Denn jene Stelle sagt zwar [45]), mit der Bestellung der Curatoren höre das Amt und die Verantwortlichkeit der Tutoren auf; allein sie sezt hierbei voraus, daß der adultus Curatoren habe, und deutet durch nichts darauf hin, daß nicht auch in andrer Weise, nemlich durch Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens an den gewesenen Pupillen selbst, wenn dieser keine Curatoren hat, das officium des Tutors endigen könne. Die Stelle des Codex aber giebt zwar dem Tutor das Recht, einen Curator auch gegen den Willen des Pfleglings zu erbitten, allein ganz in derselben Weise wie jedem Andern, der einen Prozeß mit dem Minderjährigen hat [46]) oder ihm zahlen will [47]), nemlich nur ad hunc actum. Der entscheidende Beweis dafür, daß es kein curator generalis ist, liegt in L. 2. § 5. D. qui petant., die der Vf. hier übersehen haben muß:

> An autem alius petere curatorem possit minori, quaesitum est? et Ulpianus egregius ita scribit: non licere alium ei petere, sed ipsum sibi ipsi. Et apud Paullum lib. IX. Responsorum ita relatum est: Curatorem ignorante nec mandante pupilla non recte ei a tutore petitum uideri: periculumque eorum, quae curator non iure datus gessit,

45) Officium tutorum curatoribus constitutis finem accipit, ideoque omnia negotia, quae inita sunt, ad fidem curatorum pertinent.

46) Weil in dieser einen Beziehung der Minderjährige handlungsunfähig ist, der Prozeß ohne den Consens eines Curators also unmöglich sein würde. §. 2. I. de curat. — praeterquam in litem. L. 2. §. 4. 5. D. qui petant. L. 6. C. eod. L. 43. §. 3. D. de procur.

47) Weil sonst der Dritte in integrum restitutio fürchten muß. L. 7. §. 2. D. de min.

non sine ratione eum, qui petit, cogendum agnoscere.

Man könnte zwar noch sagen: hinter dem Rücken des Pfleglings soll der Tutor allerdings keinen Curator erbitten; wohl aber gegen seinen Willen, nachdem er seinen Erinnerungen hartnäckig widerstanden. Allein man wird zugeben, daß die angeführte Stelle in ihrem Zusammenhang auch dieses leztere ausschließt.

Eine andre Aushülfe habe ich wohl darin zu finden geglaubt, daß der Vater im Testament dem minderjährigen Sohne einen Curator wenigstens mit dem Erfolg ernennen könne, daß derselbe vom Magistrat ohne Weiteres confirmirt werde [48]). Doch steht es dahin, ob nicht auch hier noch der Antrag des Minor selbst nothwendig war [49]). Nehmen wir dies an, so behält jenes allgemeine Zeugnis seine volle Wahrheit, daß der Minderjährige nie Curatoren gegen seinen Willen empfange, außer zum Prozeß. Hatte er keinen, so beschränkte ihn nur das Veräußerungsverbot des Sept. Severus, und Schuz gewährte ihm die **in integrum restitutio.** Viel vollständiger schüzt ihn freilich gegen eignen Leichtsinn und fremde Habsucht unser heutiges Recht, indem es die Cura ohne Rüksicht auf seinen Willen anordnet.

Deutsche Altersvormundschaft. §. 15. S. 108—117. Gründliche und interessante Nachweisung der Deutschen Impubertät und **minor aetas**, und des darauf gegründeten Unterschiedes der Vormünder, welcher die Reception der Römischen Grundsäze von **tutela impuberum** und **cura minorum** möglich machte. Verschwinden dieser Unterschiede in dem neuern Recht.

---

48) §. 1. I. de curat. L. 1. §. 3. L. 6. D. de conf. tut. cf. L. 6. C. de negot. gestis. Man könnte dafür die Analogie des vom Vater bestellten curator prodigi anführen. L. 16. D. de cur. fur.

49) Dafür scheint die Verbindung von §. 1. und §. 2. I. de curat. zu sprechen.

Cura furiosi. §. 16. S. 118—128. Besonders lehrreich und überzeugend ist die Bestimmung der verschiedenen Arten der Geisteskrankheit nach Römischem Recht. Als zweite Bedingung dieser Cura wird ein gewisses Alter, nemlich Pubertät, genannt, indem, nach einer Interpretation der zwölf Tafeln, der wahnsinnige Pupill in der Tutel, nicht in der Cura sein solle. Der Grund hiervon scheint mir in dem oben schon angegebenen Verhältnis beider Arten der Vormundschaft zu einander, nicht in einer Andeutung der zwölf Tafeln zu liegen, worauf auch die Worte der L. 3. pr. D. de tutelis — lex XII tabularum ita accepta est, nicht nothwendig gehen. Jede Cura nemlich ist als eine wegen factischer Unfähigkeit ausnahmweise eintretende, also in diesem Sinne außerordentliche Vormundschaft anzusehen, während die Tutel einem allgemeinen Schuzbedürfnis, Jugend und Geschlecht, und juristischer Unfähigkeit abhilft, mithin als ordentliche Vormundschaft jene überflüssig macht. Die Analogie der tutela impuberum ist dann auf die cura minorum übertragen worden.

Cura prodigi. §. 17. Für diese wird S. 133. dasselbe Verhältnis zur cura minorum behauptet. Denn entweder habe der minor schon einen Curator, und dann sei für die Interdiction kein Raum; oder er habe keinen und beginne eine verschwenderische Lebensart, dann könne ihm ein curator minoris auf Antrag der Verwandten gesezt werden. L. 27. pr. D. de minor.

Dagegen muß ich folgende Zweifel erheben. Die angeführte Stelle des Gajus ad edictum prouinciale sagt: der Vater des minor könne auch ohne Vollmacht, seines eigenen Interesse wegen, auf Restitution antragen. Andre Verwandte (agnati uel adfines) könnten dies nur mit dem Willen des Minderjährigen, aut (si) eius uitae sit adulescens, ut merito etiam bonis ei debeat interdici. Es ist kein Grund vorhanden, diese Interdiction für eine

eigenthümliche zu halten, die nicht die gewöhnliche cura prodigi, sondern die cura minoris zur Folge hätte. Wie wäre es auch mit jener allgemeinen Erklärung, daß dem Minderjährigen nie von Dritten gegen seinen Willen ein Curator erbeten werden könne, zu vereinigen, wenn gerade in diesem entscheidenden Fall, da er verschwendet, diese Befugnis seinen Verwandten zustände? Ueberdies steht es dahin, ob zu der Zeit, als Gajus sein Werk ad edictum prouinciale schrieb, die allgemeine cura minorum von M. Aurel schon angeordnet war. Ich finde sie in keinem der erhaltnen Fragmente dieses Werkes erwähnt, und es scheint älter als das erste Buch seiner Institutionen [50]). Ueberhaupt scheint der Vf. zu dieser Interpretation der angeführten Stelle nur durch andre Zeugnisse genöthigt worden zu sein, welche ihm zu sagen schienen, die cura prodigi sei beim Minderjährigen nicht möglich. Ulpian nemlich, indem er dies in L. 3. §. 1. D. de tutelis von der cura furiosi aussagt, beruft sich auf ein Rescript des K. Antoninus (Caracalla) und dieses besitzen wir höchst wahrscheinlich in L. 1. C. de cur. fur., welche lautet: Imp. Antoninus Marinianae. Curatores impleta legitima aetate prodigis uel furiosis solent tribui. Für sich betrachtet würden freilich diese Worte nicht mehr sagen als die Westgothische Epitome des Gai. I. 8. [51]), nemlich, daß auch Großjährige Curatoren empfangen, wegen Wahnsinns oder Verschwendung; das argumentum e contrario würde, zumal bei einem Rescript, wenig Gewicht haben. Allein die Bezie-

50) Vgl. Gai. I. §. 188., wenn nemlich die edicti interpretatio das edictum urbicum und prouinciale umfaßte.

51) Sub curatore sunt minores aetate, maiores euersores, insani. Hi qui minores sunt, usque ad uiginti et quinque annos impletos sub curatore sunt. Qui uero euersores aut insani sunt, omni tempore uitae suae sub curatoribus esse iubentur. Vgl. §. 3. I. de cur. Furiosi quoque et prodigi, licet maiores XXV annis sint rel.

hung auf Ulpians Zeugnis stellt die Sache anders. Dennoch, glaube ich, ist des Vf.'s Ansicht dadurch nicht gerechtfertigt. Allerdings soll die cura minorum jeder anderen vorgehn, und dadurch ist die cura furiosi für den wahnsinnigen Minderjährigen unmöglich gemacht. Denn da er überhaupt des Willens unfähig ist, so steht der Grundsaz: Inuiti adolescentes curatorem non accipiunt, der Bestellung eines curator minoris nicht entgegen, er wird immer einen solchen erhalten, auf Antrag seiner Verwandten [52]) oder sonst. Anders bei dem prodigus minor. Hat dieser nicht schon als minor einen Curator, so kann ihm nach jener Regel, die für diesen Fall nirgends aufgehoben ist, gegen seinen Willen keiner gesezt werden. Aber freilich indirect wird er dazu genöthigt; denn wenn seine Verwandten auf die Interdiction und Bestellung eines curator prodigi antragen, so wird er vorziehen, ihnen durch Erbittung eines curator minoris zuvorzukommen. Factisch stellte sich daher die Sache regelmäßig so, daß der Minderjährige einen curator minoris hatte, der einen curator prodigi entbehrlich machte, während er rechtlich auch einen solchen haben konnte. Und in diesem Sinn sagt die angeführte L. 1. C. de curat. fur., nur Großjährigen pflege ein curator prodigi gegeben zu werden.

Cura bonorum absentis. §. 19. 20. Cura bonorum im Concurse. §. 21. Cura hereditatis iacentis. §. 22. Diese drei Fälle hätten, was das Römische Recht betrift, in nähere Verbindung gesezt werden müssen; denn es ist in der That nur Eine cura bonorum, auf demselben Grundsaz beruhend, nur auf verschiedene Fälle angewandt. Ueberall wo es an gehöriger defensio fehlt, d. h. wo von des Beklagten Seite

52) L. 28. §. 1. 2. C. de adm. kan wohl dafür angeführt werden, nicht aber L. 27. pr. D. de minor., wie der Vf. S. 107. Note 15. und S. 412. Note 16. thut.

Niemand zur Uebernahme der gegen ihn gewählten Klagen bereit ist, ertheilt der Prätor den Klägern die missio in possessionem bonorum. Diese führt regelmäßig nach kurzer Frist zur bonorum uenditio, und dann ist, wie der Verf. S. 155. folg. richtig bemerkt, für den curator bonorum kein Raum. Ausnahmweise, nemlich in Fällen, wo die Nichtvertheidigung des Beklagten vorübergehend und schuldlos ist, wird die bonorum uenditio vorläufig ausgesezt und zur Verwaltung des Vermögens, im gemeinschaftlichen Interesse der Gläubiger und des Schuldners, ein curator bonorum bestellt. So z. B., wenn der Beklagte abwesend ist. Ist er ein solcher, qui fraudationis causa latitat [53]) oder ein Vadimonium frustrirt [54]), so folgt der missio in bona sofort die bonorum uenditio. Ist er aber rei publicae causae absens [55]) oder in feindlicher Gefangenschaft [56]) oder sonst ohne Arg [57]), so wird den Gläubigern zu ihrer Sicherheit nur missio in bona gegeben und ein curator bestellt [58]). Ganz derselbe Fall ist bei einer hereditas iacens, solange noch der Antritt derselben gehofft wird [59]).

Für den Fall des eigentlichen Concurses wird S. 155. behauptet: die bonorum uenditio des alten Rechts habe für den Schuldner die Wirkung einer capitis diminutio gehabt, indem keine ciuilis actio ex ante gesto ohne vorgegangne Restitution gegen ihn gegeben worden sei. Die in Note 10. dafür angeführten Stellen sagen dieß nicht. Gai. II. 155. bezeugt, daß die Gläubiger wegen des Aus-

53) L. 7. §. 1. D. quib. ex caus. in poss.
54) L. 2. pr. eod. Cic. pro Quintio.
55) L. 6. §. 1. D. quib. ex caus. in poss. L. 35. D. de reb. auct. iud. L. 4. C. de restit. mil. (2, 51.)
56) L. 6. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. L. 39. §. 1. D. de reb. auct. iud. Paul. rec. sent. V. 5. 6. §. 2.
57) L. 21. §. 2. D. ex quib. caus. mai.
58) L. 6. §. 2. D. cit. L. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. L. 3. C. de postlim. reuersis (8, 51.)
59) L. 8. 9. D. quib. ex caus. in poss.

falles, sobald der Schuldner wieder etwas erworben habe, auf eine zweite bonorum uenditio antragen konnten, also gerade umgekehrt, daß die frühern Forderungen auch nach der bonorum uenditio, in so weit sie nicht durch Zahlung getilgt waren, gegen den Schuldner fortdauerten. Von einer Restitution ist dabei nicht die Rede. Nach L. 40. D. de oper. libert. und L. 4. D. de cur. bon. soll dem Schuldner gegen Dritte ex ante gesto keine Klage gegeben werden. Zur Annahme einer capitis diminutio nöthigt uns dies nicht; es erklärt sich sehr einfach aus der bonorum uenditio selbst. Daß es auch bei der distractio bonorum durch den curator ex SC. gelten solle, bedurfte freilich einer besondern Vorschrift. Nur L. 25. §. 7. D. quae in fraud. cred. sagt allerdings, daß nach der bonorum uenditio keine actio ex ante gesto gegen den fraudator gegeben werde. Allein auch dies ist weder aus einer capitis diminutio zu erklären, noch durch Annahme einer in integrum restitutio mit Gajus zu vereinigen.

Die bonorum uenditio übertrug als Universalsuccession alle Rechte und Verbindlichkeiten des Schuldners auf den bonorum emptor, die lezteren freilich nur bis zum Belauf der gebotnen Procente; und darin scheint der Untergang derselben für den Schuldner selbst, wie für einen Verstorbnen, nothwendig zu liegen. Allein jene Succession war eine prätorische, wir wissen, daß alle Klagen nur durch Fictionen auf den bonorum emptor übertragen wurden, also ipso iure bei dem Schuldner blieben. Wirksam durften sie freilich für diesen nicht werden, in so weit sie es für jenen waren. Auch diese Unwirksamkeit konnte aber nur eine prätorische sein, vermittels einer exceptio, die dem Schuldner bei jeder ihm nicht mehr gebührenden Klage ex ante gesto entgegenstand und ihn gegen jeden Anspruch schüzte [60]). Dies leztre freilich nicht unbedingt;

60) Dies liegt auch in dem Ausdruk der angeführten Stellen: actionem non dari.

nemlich dann nicht, wenn 1) sein Dolus etwa noch durch Personalexecution nachträglich gestraft werden sollte [61]), oder 2) wenn er wieder etwas erwarb, was den Ausfall der Gläubiger decken konnte. Dann wurden die Klagen ex ante gesto wieder zugelassen und es konnte zu einer zweiten bonorum uenditio kommen [62]). War der erste Verkauf in Folge der cessio bonorum geschehen, so hatte der Schuldner den Vortheil, daß er erst dann wieder in Anspruch genommen werden durfte, nachdem er etwas Erkleckliches erworben hatte; denn der nothdürftige Unterhalt mußte ihm bleiben. Dies Recht machte er durch die exceptio: nisi bonis cesserit, geltend [63]).

Zweiter Abschnitt. Delation der Vormundschaft. Einleitung. §. 23. Da der Ausdruk tutela oder cura defertur in den Quellen vorkommt, so möchte auch das Substantiv „Delation" wohl geduldet werden, wenn es nicht auf eine falsche Analogie hinwiese. Bei der hereditas unterscheidet das Römische Recht allerdings zwei Bedingungen ihres Erwerbs, wovon wir die eine mit Recht Delation, die andre Acquisition nennen. Bei der Vormundschaft weiß das Römische Recht nichts von einem Antrage, der etwa ihre Begründung für die bestimmte Person nur möglich machte, und einer Annahme, die sie vollendete. Es ist vielmehr darüber sehr bestimmt, daß eine einfache Thatsache, Testament, sobald dies durch den Tod des Testirers wirksam wird, Gesez, oder obrigkeitliche Bestellung die bestimmte Person zum Tutor macht, ohne daß es auf deren Willen und dessen Erklärung weiter ankommt. Am deutlichsten zeigt

61) Dies ist die poena in L. 25. §. 7. D. quae in fraud. cred.

62) Gai. II. §. 155.

63) L. 6. L. 7. L. 4. pr. §. 1. D. de cessione bon. L. 3. C. de bon. auct. iud. poss. §. 40. I. de act. §. 4. I. de replic.

sich dies gerade in dem Fall, da er um eines Excusations-grundes willen die Vormundschaft ablehnen kan. Er ist dennoch ipso iure tutor, und die Durchführung oder Nichtdurchführung der Excusation entscheidet darüber, ob er für die vergangne Zeit verantwortlich sei oder nicht [64]). Wie der Verf. sich die Sache gedacht habe, wird hier nicht völlig klar. Wenn er das ius tutelae der administratio entgegengesezt, so scheint damit das Rechtsverhältnis von dem Factischen, was ihm entspricht, unterschieden zu werden; allein diese Unterscheidung ist zu einfach, um der Erläuterung zu bedürfen, und jedenfalls der Ausdruk "Delation" aus dem angegebnen Grunde unpassend. "Begründung der Vormundschaft" bezeichnet die Sache ganz genau und ohne schiefe Nebenvorstellungen zu erwecken.

Nach den einzelnen Entstehungsgründen wird I. die atürliche Vormundschaft des Vaters und des Ehemannes (§. 24 — 26.) abgehandelt, gegen welche Vorstellungweise ich mich schon oben erklärt habe. Hierauf folgt II. die gesezliche Vormundschaft der nächsten Erben (§. 27. folg.); welche nur eine Fortsezung der unterbrochnen väterlichen Vormundschaft sein soll.

Als Bedingungen derselben wird S. 188. folg. erwähnt, daß der Vater intestatus gestorben sein müsse, was für die Tutel einen beschränktern Sinn habe (nemlich intestatus quantum ad tutelam), als für die cura prodigi und furiosi. Dies leztere erklärt er mit J. Gothofred und Hugo aus der Wortstellung in den zwölf Tafeln. Bei dem Prodigus, für welchen allein Ulpian es sagt [65]), könnte es vielleicht in Verbindung gestanden haben mit dem Begrif der bona paterna auitaque, auf

64) L. 31. pr. D. de excusationib. cf. L. 15. C. eod. L. 39. §. 6. L. 20. D. de admin.

65) Vlp. fragm. XII. §. 3.

welche die Interdiction sich beschränkte [66]). Auf die Erhaltung des Erbgutes in der Familie war das ganze Institut ursprünglich berechnet. Es fiel daher weg für den Freigelassenen, desgleichen gewiß für den durch capitis diminutio aus der Familie Ausgetretenen, ja selbst für den, der das väterliche Erbe nicht nach Familienrecht, sondern durch die freie Verfügung des Vaters, von dem Anrecht des Geschlechts gelöst, empfangen hatte. Dazu mußte ursprünglich das ganze Geschlecht in calatis comitiis einwilligen. Später legte die Testamentsform per aes et libram es ganz in die Hand des Vaters, den Sohn der lästigen Aufsicht der Agnaten und Gentilen zu unterwerfen, oder ihn davon zu befreien, ein Recht, von dem die alten (patricischen) Geschlechter früher wohl nur selten Gebrauch machten.

Daraus daß die gesezliche Vormundschaft vorzugsweise ein Recht, zum Schuz der künftigen Erbschaft, und zwar ein Familienrecht war, wird S. 199. die Möglichkeit ihrer Uebertragung durch in iure cessio richtig erklärt. Wenn aber weiter behauptet wird, diese Uebertragung sei auf muliebris tutela (Geschlechtsvormundschaft über mündige Frauen) beschränkt gewesen, welche jenen Charakter vorzugsweise an sich tragen, während die legitima tutela über Pupillen, und die cura legitima mehr Schuzverhältnisse zum Vortheil des Pflegbefohlnen seien [67]), so scheint hier ein bedeutender Irrthum zum Grund zu liegen. Gajus und Ulpian in den von dem Verf. S. 201. Note 15. angeführten Stellen beziehen die in iure cessio sehr bestimmt auf tutela feminarum, die pupillae mit eingeschlossen, versagen sie nur für masculi

---

66) S. den Verf. S. 131. Note 9. und außer den daselbst angeführten Stellen Cic. Cato 7.

67) Von der cura prodigi kan dies für das älteste Recht wenigstens nicht behauptet werden.

pupilli [68]). Hiermit fällt von selbst jene Begründung zusammen und wir sind, wenn wir überhaupt innern Zusammenhang wollen, vorläufig, d. h. bis glüklichere Forschungen uns tiefer bliken lassen, genöthigt, bei dem von Gajus angegebnen Grunde stehn zu bleiben, den der Vf. ungenügend findet, und neuerdings Hugo [69]) selbst seinem factischen Bestande nach angefochten hat. Beides überzeugt mich nicht. Die von mir vorgeschlagne Restitution der fraglichen Stelle [70]) scheint mir noch immer durch die bestimmt und völlig unbefangen gelesenen Schriftzüge sowohl, als den Zusammenhang der Rede so sicher als irgend eine dieser Art *); und den Grund selbst kan ich nicht so leer oder unpassend finden. Freilich wenn wir die Geschlechtstutel der Pupillentutel gegenüber denken, so wird es Niemandem einfallen, jene, die sich auf eine rein formelle Mitwirkung bei Rechtsgeschäften beschränkt, lästiger zu finden als diese, mit welcher eine eigentliche Geschäftsführung und eine so bedeutende Verantwortung verknüpft ist. Aber dieser Gegensaz liegt ja hier gar nicht vor, sondern rein der des Geschlechts; und da ist es doch nicht so widersinnig, zu sagen: Bei dem männlichen Pupillen ist kein hinreichender Grund, die Cession zu erlauben,

---

68) Ulpians Ausdruk ist auch hier der präcisere: fragm. XI. 88. Quantum ad agnatos pertinet, hodie cessicia tutela non procedit: quoniam permissum erat in iure cedere tutelam feminarum tantum, non etiam masculorum: feminarum autem legitimas tutelas lex Claudia sustulit, excepta tutela patronorum. Doch kan auch Gajus nicht anders verstanden werden, zumal wenn man I. §. 169. mit §. 171. und §. 157. vergleicht. In Beziehung auf die lex Claudia versteht der Verf. selbst S. 214. die Stellen so.

69) In der Anzeige des vorliegenden Werkes. G. G. A. 1833. Nro. 73.

70) Gai. I. §. 169. — quia non uidetur onerosa.

*) [Ich glaube jezt sowohl nach den Schriftzügen, als nach dem Zusammenhange der Stelle vorschlagen zu können: "quia constituit' (constituitur) pupilli c̄sa (causa)", indem man sich nur ein gradliniges ſ in constituitur zu denken braucht, um wesentliche Abweichungen von den copirten Buchstaben zu vermeiden. Blume.]

denn nach wenigen Jahren wird der Tutor doch frei. Nicht so bei der pupilla: denn nachdem er während ihrer Impubertät die lästige Verwaltung geführt, ist er auch für ihre spätere Lebenszeit gebunden, und verpflichtet, bei jedem Act, den sie macht, zu erscheinen.

Durch die gemeinsamen Quellenzeugnisse hängt hiermit auch die Frage nach dem Inhalte der lex Claudia zusammen, deren Entscheidung S. 214. ich auch nicht theilen kann. Der Vf. nimmt mit Savigny[71]) an, die lex selbst habe unter tutela feminarum nur die Geschlechtstutel über mündige Frauen gemeint; und es sei eine Chicane der Agnaten gewesen, sich auf den Buchstaben des Gesezes zu berufen, um von der lästigen Pupillentutel loszukommen. Diese chicanöse Interpretation habe denn Constantin verboten (L. 2. C. Th. de tut. et cur. creand.), nicht die lex Claudia selbst aufgehoben, wie K. Leo berichte (L. 3. C. I. de leg. tut.). Diese Ansicht tritt also in entschiedenen Widerspruch mit einem nicht zu verachtenden Zeugnis (denn wenn auch nicht die lex Claudia, so konnte doch Constantin's Gesez dem K. Leo vorliegen) und scheint auch durch Ulpian und Gajus nicht unterstüzt, welche von einer zweifelhaften Interpretation nichts melden, sondern einfach den bestimmten Inhalt des Gesezes selbst geben. Ich habe mir die Sache jederzeit so gedacht: Die Absicht der lex Claudia war allerdings, die mündigen Frauen von der ihnen lästigen Agnatentutel zu befreien, ging also zunächst nicht darauf, die Agnaten von der Last der Pupillentutel zu entbinden, sonst würde sie auch die über masculi pupilli aufgehoben haben. Allein da die legitima tutela über die pupilla als perpetua tutela auch nach erreichter Pubertät und für ihre ganze Lebenszeit fortdauert, ein unzertrennbares Ganzes bildet, so mußte das Gesez, um die mündige Frau von

71) Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. III. S. 345. folg.

der Beschränkung durch ihre nächsten Verwandten zu befreien, auch der pupilla den Schuz derselben entziehen. Hierin lag auch kein reeller Nachtheil, denn sie hatte nun einen testamentarius oder datiuus tutor. Zwar hätte das Gesez sagen können: der Agnat soll nur bis zur Pubertät Tutor bleiben, dann aufhören es zu sein, und ein datiuus an seine Stelle treten. Allein dies wäre eine willkürliche Behandlung gewesen, wie sie dem Geiste des Römischen Rechts zuwider ist. Als nun später, zu Constantin's Zeit, die tutela mulierum nicht mehr bestand, war kein Grund vorhanden, die lex Claudia für pupillae fortbestehn zu lassen; daher sie Constantin aufhob. Wir gewinnen auf diese Weise zugleich ein bestimmtes Datum für das Verschwinden der tutela mulierum; dies muß vor Constantin fallen. Denn das ist undenkbar, daß dieser Kaiser die Agnatentutel auch über mündige Frauen in ihrer alten Strenge wieder hergestellt hätte.

Nach der Agnatischen Vormundschaft (§. 29.) wird die Patronatische (§. 30.) und Fiduciarische Tutel (§. 31.) abgehandelt, etwas zu ausführlich, zumal in einer Darstellung des gemeinen in Deutschland geltenden Rechts. Dann die cognatische (§. 32.) und mütterliche Vormundschaft (§. 32.), neben welcher der legitima parentum tutela des alten Rechts kein Raum gegeben wird S. 256. Note 52. Ich glaube, daß sie unbeschadet des Geistes der Nou. 118. so gut fortbestehen kann, wie die bonorum possessio unde uir et uxor, und die querela inofficiosi der Geschwister neben der Nou. 115. Nicht so freilich die Fiduciarische Tutel der Geschwister, weil diese durch das Gesez ausdrüklich als Cognaten berufen sind.

III. Vormundschaft aus lezten Willen und Verträgen. A. Testamentarische Tutel. §. 35—40. Der Vf. kommt hier (§. 37.) auf die Regel: Tutor personae non rei uel certae causae datur, welche in

der neuern Zeit verschiedene Auslegungen erfahren hat[72]. Der Vf. erklärt ihren Sinn mit Puchta dahin: der Tutor könne nicht für ein einzelnes Geschäft, sondern nur für die Person, d. h. für das ganze Vermögen bestellt werden. Hiernach enthält sie in L. 14. D. de test. tut. nicht den Grund dessen, was in L. 12. eod. gesagt wird, sondern eine reine Tautologie. Ebenso in §. 4. I. qui dari tut.[73]). Man kan nach dieser Ansicht zu Justinians Rechtfertigung mit Schrader zur angeführten Institutionenstelle sagen, es sei weniger Angabe eines innern Grundes als Zurükführung auf eine bekannte alte Rechtsregel, ein Rechtssprichwort; denn ein solches scheint allerdings die Regel: Tutor personae etc. zu sein. Auf die testamentarische Tutel beschränkt sie der Vf. jedoch nicht, wodurch Löhr und Puchta den Widerspruch mit der tutela specialis entfernen wollen, sondern glaubt, sie habe ursprünglich von aller Tutel, der gesezlichen, testamentarischen, und Atilianischen, ja selbst für die Cura[74]) gegolten, und sei erst später durch Ausbildung der obrigkeitlichen Specialvormundschaften[75]) beschränkt worden. Den Grund der Regel aber findet er zunächst in dem ältern Zwek der Tutel überhaupt, indem sie, als Conservationsmittel des künftigen Erbrechts nur generell sein konnte; sodann für die testamentarische aus dem Ausdruke der zwölf Tafeln: super tutela oder suae rei[76]).

---

72) Vgl. Puchta im Rhein. Mus. II. S. 384 folg.

73) Ich will die Stelle hersezen: L. 12. D. de test. tut. Vlp. Certarum rerum uel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus. L. 13. Pomp. Et si datus fuerit, tota datio nihil ualebit. L. 14. Marcian. Quia personae non rei uel certae causae datur. L. 15. Vlp. Si tamen tutor detur rei Africanae uel rei Syriaticae, utilis datio est. Hoc enim iure utimur. — §. 4. I. qui dari tut. Certae autem rei uel causae tutor dari non potest: quia personae, non causae uel rei tutor datur.

74) Vgl. S. 376. und daselbst v. Löhr.

75) S. 389. erklärt jedoch der Vf. für wahrscheinlich, daß der tutor praetorius älter sei, als der tutor Atilianus.

76) Woraus aber für die Atilianische? und die cura datiua?

Ich halte auch nach diesen neuern Versuchen die Erklärung von Savigny [77]) für die richtige und zwar aus folgenden Gründen. Eine Tautologie, selbst im Schraderschen Sinne, ist im Zweifel nicht anzunehmen, wo das Verbindungswort eine Erklärung des Grundes verheißt; noch weniger, wo der Ausdruk selbst auf eine eigenthümliche Nüance des Gedankens hinweist; und so ist es hier. Wir haben also in der That zwei Säze: 1) Der Tutor kan im Testament nicht für bestimmte Sachen oder Geschäfte gegeben werden L. 12. 13. citt. §. 4. I. cit. Certae autem rei uel causae tutor (testamento) dari non potest. 2) Der Tutor wird der Person, nicht einer Sache oder einem Geschäft gegeben. L. 14. cit. §. 4. I. cit. personae, non causae uel rei tutor datur. Ob dieser lezte Ausspruch des Marcian von ihm auf die testamentarische Tutel bezogen wurde, wissen wir nicht. Aber selbst wenn er es gethan hätte, so wäre dies nur zufällig, wir dürften ihn nicht darauf beschränken, weil er offenbar von aller Tutel wahr ist. Puchta findet Savigny's Erklärung fein, natürlich könne sie niemand nennen; ja sie sei nur dadurch mit den Worten zu vereinigen, daß man dem Juristen Gedanken unterschiebe, die er nur sehr unvollkommen ausgedrükt, von denen er das Beste für sich behalten hätte. Ich finde sie so durchaus natürlich, daß ich nicht wüßte, wie Marcian, oder das alte Rechtssprichwort, das er mittheilt, die Sache lateinisch hätte anders ausdrüken können. Wenn Savigny sagt: der Tutor werde zur Ergänzung der juristischen Persönlichkeit des Pupillen bestellt, so ist dies ganz dasselbe, was Marcian nur mehr für die Vorstellung und weniger abstract so ausdrükt: personae datur. Wenn wir einem Nichtjuristen sagen: der Vormund wird nicht zur Besorgung eines einzelnen Geschäfts, er wird der Person bei-

---

77) Beiläufig erwähnt im Beruf S. 104.

gegeben, ihr zum Beistande gesezt, wird er nicht, wenn er die dadurch empfangne Vorstellung zu analysiren vermag, ganz das denken, was in der auctoritas liegt, nehmlich daß es die Bestimmung des Vormundes sei, dem Mündel bei Rechtsgeschäften zur Seite zu stehn, und ihn zu unterstüzen? Gerade umgekehrt müßte ich Marcians Ausdruk gesucht und dunkel finden, wenn er nichts hätte sagen wollen, als daß der Tutor für das ganze Vermögen bestellt werde. Dieses freilich denkt er als Folge hinzu, wie aus dem Gegensaz: non rei uel certae causae, hervorgeht. Ist nemlich der Tutor in dem bezeichneten Sinne der Person gegeben, die untheilbar ist, so muß auch sein Amt sich auf alle ihre Angelegenheiten beziehen [78]), eine Regel, die deshalb ursprünglich für alle Tutel galt, und nur aus Noth, zuerst beim praetorius tutor, dann durch die spätere Gesezgebung in andern Fällen der Specialtutel Beschränkungen erfuhr. Der Curator hingegen, welcher nicht durch die Person, sondern direct dem Vermögen vorgesezt ist, könnte seinem Begrif nach auch wohl der Verwalter einer einzelnen Sache sein. Wenn daher auch die ältesten Fälle der Cura allgemeine Vermögensverwaltungen waren, und auch später der einem noch nicht bevormundeten Pflegling bestellte Curator im Zweifel ein genereller sein sollte, muß dies aus andern Gründen nicht daraus erklärt werden, daß er der Person gegeben werde, wie dies denn auch nirgends geschieht; die Regel: tutor personae datur drükt also dennoch das Unterscheidende der Tutel im Verhältnis zur Cura aus.

B. Confirmation leztwilliger Vormundschaften. §. 41 — 43. Schon durch die Stellung der Lehre entscheidet sich der Verf. für die Ansicht des

---

78) §. 17. I. de excus. Datus tutor ad uniuersum patrimonium datus intelligitur.

Donellus, daß der confirmirte Vormund als ein testamentarischer, nicht als ein obrigkeitlicher anzusehen sei. Ueberzeugend ist allerdings der erste dafür angeführte Grund, daß diese Vormundschaft die gesezliche ausschließt.

IV. Vormundschaft aus richterlicher Anordnung. A. Recht zur Bestellung der Tutoren und Curatoren. §. 45. — 49. Sehr ausführlich werden die verschiednen Obrigkeiten angegeben, die nach älterem, späterem und neuestem Römischen Recht die Vormünder bestellten. Man würde diese lehrreiche Abhandlung mit größerem Interesse in einer rechtsgeschichtlichen Darstellung der Römischen Gerichtsverfassung lesen, als in einem Buch über das gemeine in Deutschland geltende Vormundschaft, für welches alle diese Bestimmungen weder praktischen noch wissenschaftlichen Werth haben.

B. Competenz. §. 50. S. 372. wird in Fr. Vat. §. 232. [79]) die von Savigny vorgeschlagne Lesart licet is [cui] petitur ohne Bemerkung, daß das entschiedne Wort in der Handschrift fehlt, zum Grunde gelegt. Mai ergänzt [qui] petitur, scheint aber Bedenken dabei gehabt zu haben, da er in der Note sagt: Num petit? Dies leztere ist völlig verwerflich; jene Lesarten sind beide zulässig, und die Wahl hängt davon ab, wie man in urbe consistat versteht. Bezeichnet dies den bleibenden Wohnsiz, und so möchte ich es nehmen [80]), so muß [qui] petitur gelesen werden. Denn das Domicil des Pupillen in Rom würde die Competenz der städtischen Magistrate begründen, wenngleich seine Güter in den regionibus Iuridicorum liegen. Der Wohnsiz dessen, der nament-

---

79) Vlp. de off. praetoris tutelaris. Obseruari autem oportet, ne his pupillis tutorem det, qui patrimonia in his regionibus habent, quae sunt sub iuridicis, —, multo magis si in prouincia sit patrimonium, licet is [—] petitur, in urbe consistat.

80) cf. L. 1. C. ubi in rem actio.

lich zum Tutor erbeten ist, entscheidet dagegen nicht, wenn der Pupill durch Güterbesiz anderwärts domiciliirt ist. Nimt man aber consistere mit dem Verf. [81]) für den vorübergehenden Aufenthalt, so kan allerdings auch [cui] petitur gelesen werden. Denn der Grundsaz, daß die städtischen Magistrate für alle, die sich in Rom treffen ließen [82]), competent seien, bezieht sich nur auf den ordentlichen Gerichtszwang, nicht auf die tutoris datio.

C. Inhalt der obrigkeitlichen Datio. §. 51. — 55. Es werden hier besonders die einzelnen Fälle der Specialvormundschaft durchgegangen.

D. Verfahren bei der Bestellung. §. 56. — 60. Hauptsächlich von der petitio, dem Recht und der Pflicht dazu.

Doch ich breche diese Bemerkungen ab, die vielleicht schon zu sehr ausgedehnt sind. Denn des Lobenswerthe will der Leser selbst genießen und findet es leicht, daher die Verweisung darauf überflüssig ist. Der immer wiederkehrende Tadel aber ermüdet und erregt leicht den Schein des Uebelwollens. Vor diesem Schein übrigens bewahrt mich dem Verf. gegenüber mein freundschaftliches Verhältnis zu ihm und die volle Anerkennung seines schönen Talents, dem wir ein Werk verdanken, welches, ungeachtet einzelner Unvollkommenheiten, durch Vollständigkeit und Gründlichkeit jede frühere Behandlung dieses wichtigen Gegenstandes übertrift, und den besten Arbeiten der neuern Zeit sich würdig anreiht.

---

81) S. 370. Die Erklärung S. 372. Note 5. "d. h. zu Recht steht" ist wohl als Folgerung zu denken.

82) Auf Römische Bürger war dies nicht beschränkt.

Rheinisches Museum

für

Jurisprudenz.

Herausgegeben

von

Blume, Böcking, Hollweg, Puchta,
Puggé und Unterholzner.

Sechsten Bandes drittes Heft.

Göttingen,
in der Dieterichschen Buchhandlung.
1834.

VIII.

Ueber die Rechtsregel: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.

Von Herrn Prof. Huschke in Breslau.

Als einer der überzeugendsten Beweise, wie wenig wir noch nach so vielen Anstrengungen der tieferen Grundlagen des Römischen Rechts mächtig geworden sind, kann wohl die Erscheinung gelten, daß es bis jezt nicht hat gelingen wollen, den Fundamentalsaz des Römischen Erbrechts, nemlich die Rechtsregel Nemo pro parte etc. seinem Sinne und seinem Ursprunge nach vollständig zu erklären. Versuche dazu sind freilich in großer Menge gemacht worden. Aber, daß bis dahin keiner auch nur eine allgemeinere Anerkennung gefunden, ist schon an sich ein ziemlich untrügliches Zeichen ihres Mislingens. Nichts destoweniger darf eine neu versuchte Lösung des Räthsels diese Versuche nicht ganz übergehen; sie würde sonst den Verdacht der Ungründlichkeit oder des Uebermuths auf sich ziehn und durch beides auf gleiche Weise ihrem Erfolge schaden.

Bevor wir jedoch die bereits gemachten Versuche anführen und ihnen unsere Erklärung entgegenstellen, sei es

gestattet, das mit wenig Worten vorauszuschicken, worin man ziemlich allgemein übereinstimmt. Dieses sind zwei Punkte. Alle geben zu:

1) daß diese Regel ein ursprünglicher und Fundamentalsaz des Römischen Rechts sei. Schon Cicero führt ihn als einen solchen an in der bekanten Stelle de inuent. 2, 21:

> Vnius pecuniae plures, dissimilibus de caussis, heredes esse non possunt, nec umquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset.

Pomponius stellt die Unverträglichkeit beider Successionen als etwas in der Natur selbst Begründetes dar, indem er sich also darüber ausspricht [1]):

> Ius nostrum non patitur, eumdem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.

Und ähnlich lauten auch alle übrigen Aeußerungen unserer Quellen [2]).

2) Auch darüber ist man einig, daß der Sinn dieser Regel im Allgemeinen der sei: es können nicht zu gleicher Zeit für verschiedene Theile der Erbschaft zwei Arten von Erben zur Succession eines Verstorbenen gelangen, die eine durch ein Testament, die andere durch das Gesez berufen, was sich denn, da die Testamentserbfolge der gesezlichen vorangeht, in der Hauptwirkung äußert, daß wenn ein Testamentserbe auch nur auf einen Theil oder eine einzelne Sache der Erbschaft eingesezt ist, er dennoch,

---

1) L. 7. D. de R. I.

2) §. 5. I. de hered. instit. mit Theophilus Paraphrase. Auch Brachylog. iur. ciu. II. 22. p. 63. ed. Böcking. Gelegentliche Anführungen oder Berücksichtigungen enthalten L. 19. §. 2. D. de castr. pecul. L. 1 u. 37. D. de testam. milit. L. 15. §. 2. D. de inoffic. testam.

mit Ausschluß der Intestaterben, das Ganze erhält [3]). Mit Fleiß sagen wir: daß man diesen Sinn im Allgemeinen anerkenne. Denn über die genauere Auffassung der Regel ist viel Streit; sie soll aber auch eben der Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung werden.

Wir beginnen nun mit den bisherigen Versuchen.

Diese lassen sich im Ganzen auf drei Classen zurükführen. Einige, namentlich ältere Juristen aus der französischen Schule, haben den Grund der Regel in der Natur der Sache gesucht, ohne dabei sich näher zu erklären, ob unter dieser Natur die eigenthümlich römische oder eine allgemeine a priori nachweisbare zu verstehen sei. Andere, und zu diesen gehören die meisten aus dem Ende des vorigen und dem Anfange dieses Jahrhunderts, führten sogenannte historische und praktische Gründe an, d. h. sie suchten es aus gewissen politischen Zwecken, Volksansichten oder der Einwirkung anderer zufälliger Umstände zu erklären, wie das Römische Volk dazu gekommen sei, diesen Rechtssaz anzunehmen. Noch andere endlich, oder vielmehr ist dieses nur ein einziger, E. Gans in seinem Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung Bd. 2. S. 451 —462., bemühen sich, durch eine speculative Auffassung des Römischen Geistes die Nothwendigkeit dieses Sazes als Grundlage des Römischen Erbrechts nachzuweisen. Diese Tripartition ist nicht zufällig. Sie beruht auf der allgemeinen Entwickelung des wissenschaftlichen Geistes in den lezten drei Jahrhunderten und läßt sich daher auch in

3) Wenn Viele, namentlich Haubold Exerc. de causs. cur idem et testato et intestato decedere non possit. 1788. in seinen Opusc. ed. Wenck. Tom. I. p. 316., als eine zweite Wirkung den Saz anführen, daß auch nicht dieselbe Erbschaft hintereinander zuerst vermöge Testaments und dann durch Gesez und umgekehrt vererbt werden könne, so ist dieses offenbar irrig, wie Dernburg Beitr. zur Gesch. der Röm. Testamente S. 307. schon angedeutet hat und von uns später ausführlich gezeigt werden wird.

allen Zweigen des Wissens nachweisen. Anfangs nemlich nahm man das Hergebrachte eben als solches unbewußt auch als nothwendig an und die Forschung beschränkte sich darauf, sich in dieser Nothwendigkeit zurecht zu finden, ohne auch nur das Bedürfnis zu fühlen, sie selbst zu begreifen. Daher denn auch die Argumente dieser Zeit die Schwäche an sich tragen, daß man sich genöthigt sieht, wieder nach den Gründen der Gründe zu fragen. Hieher rechnen wir nun z. B. die Schriftsteller, welche unsere Regel blos aus dem Geseze des Widerspruchs, allenfalls noch mit Berufung auf Aristoteles, erklären zu können glaubten [4]). Sie vergaßen, daß Das gerade, warum das Gesez des Widerspruchs hier von den Römern angewandt wurde, erklärt werden soll. Andere stüzten die Regel auf die Annahme, daß der, welcher einmal ein Testament errichtet habe, auch über sein ganzes Vermögen habe testiren wollen, worauf ja auch das Anwachsungsrecht beruhe [5]). Aber den Grund, warum dieses anzunehmen sei, sucht man bei ihnen vergeblich. Beachtungswerther als diese beiden mehr formalen Erklärungsversuche ist der, aus der Natur der Erbschaft selbst die Regel herzuleiten. Die Erbschaft, sagte man, stellt bekantlich die Person des Verstorbenen vor, und ist daher, wie diese selbst, eine untheilbare Einheit. Diese Untheilbarkeit nun bringt es mit sich, daß auch die Successionsart nur eine einzige sein könne und folglich, wenn sie durch Testament begründet ist, die Intestaterbfolge ausgeschlossen bleiben müsse [6]). Daß hierin etwas Wahres liegt, fühlt man

---

4) Haubold exercit. cit. §. 4. p. 321. flg. Wir werden auch im Folgenden die Schriftsteller nicht selbst anführen, sondern nur auf die ungemein reichen Zusammenstellungen Haubold's verweisen.

5) Haubold l. c. §. 5. p. 327. seq.

6) Haubold l. c. §. 6. p. 329. seq. Besonders sind Rávardus, Hotomannus, Vinnius, Averanius u. Ant. Faber hier zu nennen. Auch K. Reichhelm Versuch einer Ausle-

wohl, und wir werden, worin dieses bestehe, später deutlicher entwickeln. Bei genauerer Untersuchung findet es sich aber, daß durch jenen Gedankengang doch nur das erklärt wird, warum, wenn einmal blos die Testamentserbfolge mit Ausschluß der Intestaterbfolge gelten soll, der zum Theil eingesezte Erbe doch nothwendig das Ganze bekomt und nicht etwa das Uebrige herrenlos wird. Aber warum nicht eben so gut, wie Jemand zwei Testamentserben ernennen kann, auch ein Testaments- und ein Intestaterbe sollen eintreten können, warum jene Untheilbarkeit sich auch auf die Successionsgründe beziehn und von diesen der eine den andern ausschließen soll, ist damit nicht aufgezeigt.

Als man sich nun auf diesem Standpunkte, der wohl eine Anschauung der Sache und ein sicheres Gefühl ihrer Nothwendigkeit gewährte, aber die Erkenntnis aus ihrer Selbstbeschränkung nicht herauskommen lies, vergeblich abgemüht hatte, trat die Reflexionsperiode ein. In dieser gab man die innere Nothwendigkeit der Sache auf, man rühmte den Ausspruch Leibnizens, der von dieser Regel gesagt hatte, sie sei non aequitatis, sed formulae partus [7]), und suchte sich lieber außerhalb derselben einen willkürlichen Hebelpunkt, um nur überhaupt etwas anführen zu können, was nicht wieder mit andern Worten die Sache selbst wäre. In der Natur dieser Erklärungsversuche liegt es, daß ihrer unendlich viele gedacht werden können, und daß nicht leicht einer einen andern Anhänger, als den, der ihn aufgebracht, erhalten wird. Denn da hier von einer Begründung der Sache in sich selbst

---

gung dunkler Geseze. Halle 1799. S. 215. 216., den Thibaut Civil. Abhandl. S. 68. anführt, scheint hieher zu gehören.

7) In der bekannten Stelle über die Treflichkeit der Pandektisten, Epist. ad Kestnerum I. In oper. ed. Dutens Tom. IV. p. 254.

abgesehn wird, so sieht man sich der unendlichen Mannigfaltigkeit der Peripherie hingegeben, und da diese in sich die Wahrheit nicht haben kann, so bleibt nur noch die Subjectivität des Erfinders als wesentlich übrig, die ihren endlichen zufälligen Gesichtspunkt der Sache selbst unterschiebt, eben daher aber auch außerhalb ihrer selbst auf keinen Beifall rechnen kann. Wegen dieser Willkürlichkeit und Zufälligkeit haben nun aber auch alle diese Erklärungsversuche selbst für den Berichterstatter etwas Unerfreuliches, welches uns entschuldigen wird, wenn wir nur einige derselben genauer berüksichtigen. Haubold führt vier Gründe an, welche jene Regel veranlaßt hätten. Erstens hätten die Testamente ursprünglich die Form von Gesezen gehabt, und es wäre nicht wohl angegangen, daß für Einen Fall verschiedene Geseze — nemlich das Testament und das allgemeinere Gesez der Intestaterbfolge — eingetreten wären. Zweitens würde es für die an die Erbschaft geknüpften sacra priuata leicht haben gefährlich werden können, wenn man Erben aus verschiedenen Successionsgründen zugelassen hätte. Drittens habe es in der Form des spätern Testaments per aes et libram gelegen, daß die familia mancipirt wurde, die aber wieder eine Einheit gebildet hätte. Viertens hätten die Römer überall die Testamente zum Nachtheil der Agnaten begünstigt [8]. Aber mit Recht bemerkt Thibaut [9], um nur das schlagendste anzuführen, gegen den ersten Grund: es sei allgemein zugestanden, daß ein Gesez das andere gar wohl blos für einen Theil abschaffen könne; gegen den zweiten: es sei nicht abzusehn, warum die Vertheilung der sacra mehr Schwierigkeit hätte machen sollen, wenn Testaments- und Intestaterben zusammen, als wenn mehre Testaments- oder mehre Intestaterben dazu concur-

8) Haubold l. c. §. 7—10. p. 336—348.
9) Civilist. Abh. S. 70 flg.

rirt hätten; gegen den dritten: es liege weder im Wesen der Mancipation noch in dem der familia etwas, warum nicht auch ein Theil des Nachlasses hätte mancipirt werden können; gegen den vierten endlich: die Römer hätten bei der Art von Testamenten, bei welchen blos Vernunft und Billigkeit entscheiden sollten, nemlich beim militärischen Testamente, gerade umgekehrt angenommen, daß, wenn der Testator nur für einen Theil einen Erben ernannt hätte, das Uebrige den Intestaterben zufallen solle.

Thibaut selbst erklärt die Regel aus der peinlichen Aengstlichkeit, mit welcher die ersten Ausleger der zwölf Tafeln sich an den Buchstaben dieses Gesezes gehalten hätten [10]). In diesem Gesez hieß es nemlich: si intestatus moritur, cui suus heres nec esit, agnatus proximus familiam habeto. Und nun habe man genau nach dem Buchstaben geschlossen: Da auch der, welcher nur über einen Theil seines Vermögens testirt hat, noch nicht intestatus genannt werden kan, so müssen auch in diesem Falle die Intestaterben ausgeschlossen bleiben. Einen innern Grund habe die Regel durchaus nicht. Dagegen hat Dernburg eingewandt [11]): erstens widerspreche jener angeblichen Auslegung, daß man in einigen Fällen doch Intestaterben zugelassen habe, obgleich der Erblasser mit einem Testament verstorben und auch aus diesem beerbt sei; mit andern Worten, es ließen sich bei dieser Voraussezung die Ausnahmen nicht erklären, welche unsere Regel erlitte, und zweitens hätte sich gar wohl auch eine andere eben so stricte Auslegung denken lassen, wenn man nemlich bei einem pro parte testatus gesagt hätte: dieser ist für einen Theil testirt gestorben, dafür sind also die Intestaterben ausgeschlossen, für den andern Theil aber ist er untestirt gestorben, dafür beruft also das Ge-

10) a. a. O. S. 73—78.
11) a. a. O. S. 304—306.

sez die Intestaterben. Indessen diese Einwürfe sind nicht überzeugend. Was den ersten betrift, so kan es dem Grunde einer Regel nicht vorgeworfen werden, daß er nicht zugleich die Ausnahme erkläre, denn diese beruht eben als solche wieder auf ihrem besonderen Grunde, und nur das kan von dem Grunde der Regel verlangt werden, daß er sich selbst als einen beschränkten, eine Ausnahme nicht ausschließenden darstelle. Wider den zweiten Einwand aber ist zu bemerken, daß das „intestatum mori," welches die Zwölftafelstelle als Bedingung der Intestaterbfolge sezt, eine Handlung ist, die eben so wie alle Handlungen nicht getheilt werden, sondern nur entweder vorhanden oder nicht vorhanden sein kan. Dagegen ist das mit Grunde gegen Thibaut's Darstellung einzuwenden, daß, wenn die Regel überhaupt nur auf einer Zufälligkeit beruhte, die spätern verständigern Juristen von ihr nicht würden gesagt haben, es sei naturaliter earum rerum pugna: testatus et intestatus, und daß sich überhaupt solche nur zufällige Auslegungen gegen den eigentlichen Sinn des Gesezes nicht nachweisen lassen, vielmehr bekannt ist, daß man in andern Stücken noch viel mehr, wenn der Sinn es verlangte, von den Worten der zwölf Tafeln abwich, z. B. in den oben angeführten Worten, nach denen strict genommen niemand ab intestato hätte beerbt werden können, der zur Zeit seines Todes ein Testament hinterlassen hätte, welche man aber so verstand, daß auch, wenn ein Testament hinterlassen, dieses aber nachher ungültig geworden war, ebenfalls der alsdann nächste Agnat zur Succession kam [12]). Thibaut bleibt übrigens das Verdienst, auf jene Fassung des Zwölftafelgesezes zuerst hingewiesen zu haben, und wir werden nachher sehn, daß dieses Gesez hier, wie fast überall, aufs genauste ausdrükte, was ausgedrükt werden sollte.

12) Coll. LL. Mos. XVI, 3, 2. fr. 1 pr. de Suis.

Von andern in diese Classe gehörigen Meinungen nennen wir nur die Urheber: C. S. Zachariä [13]), Klüpfel [14]), Dernburg [15]), Wenck [16]). Auf die Lösung des Räthsels verzichtend haben blos die Regel selbst näher zu bestimmen versucht Seuffert [17]) und Roßhirt [18]), auf welche erst später Rüksicht genommen werden kan.

Als der menschliche Geist auch die Stufe des dualistischen oder reflectirenden Erkennens überwunden hatte, kehrte er wieder in sich zurük, und versuchte auf's neue das Wesen der Dinge in ihnen selbst zu begreifen, nun aber so, daß sein Begreifen nicht mehr in der Nothwendigkeit befangen blieb, sondern die Nothwendigkeit selbst als ein frei errungenes Besitzthum erfaßte. Jedermann weiß, daß dieser Standpunkt in philosophischer Form von Hegel und seiner Schule dargestellt wird. Der Kundige muß auch zugeben, daß das Denken als solches erst auf ihm seine Befriedigung finden kann, und daß von ihm aus, wenigstens in formaler Beziehung, Alles gegeben wird, um eine Sache wahrhaft zu begreifen. Da nun

13) Ueber die wissensch. Behandlung des R. Privatrechts. S. 28—32.

14) Ueber einzelne Theile des bürgerl. Rechts. S. 1—18.

15) Beitr. zur Gesch. der Röm. Testam. S. 311—314. Er meint, das testamentum per aes et libram hätte, um nicht als bloses Geschäft inter uiuos zu gelten, oder überhaupt nichtig zu sein, weder eine Einsezung auf einen Theil noch auf eine einzelne Sache gestattet. Aus Gunst für die Testamente hätte man aber nachher eine solche theilweise oder stükweise Einsezung auf das Ganze bezogen. Aber seiner ganzen Entwickelung liegen innere Widersprüche und mehre offenbare Irthümer zum Grunde, z. B. unkörperliche Sachen könnten nicht mancipirt werden, der Theil einer Erbschaft sei unkörperlicher als die ganze Erbschaft u. s. w.

16) In der Ausgabe von Haubold opuscula praef. p. XXVIII. seq. Etwas modificirte Haubold'sche Ansichten mit dem Irthum, daß nicht auch Theile pro indiuiso hätten mancipirt werden können.

17) Im Archiv für civilist. Prax. Bd. 3. Nr. 15. S. 217—220.

18) Einleitung in das Erbrecht. Einl. §. 3. S. 38—50.

einer der ausgezeichnetsten Anhänger dieser Schule im Geiste derselben auch das Römische Erbrecht dargestellt und dabei unsere Regel besonders hervorgehoben hat, so muß diesem der Sache nach neusten Versuche auch von uns eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Nach dieser Darstellung ist die römische Welt, die nach einer bestimmten Bewegung des Weltgeistes durch das Menschengeschlecht das Griechenthum ablöst, zu fassen als die Welt des Kampfes des Endlichen und Unendlichen oder abstracter Allgemeinheit und freier Persönlichkeit. „Die Seite der Naturnothwendigkeit, des Unendlichen, der Allgemeinheit haben die Patricier, die der Freiheit, der Persönlichkeit, des Endlichen haben die Plebejer." Eben so vollständig aber wie im Staate tritt dieser Kampf auch in der Familie hervor und prägt sich hier am deutlichsten im Erbrechte aus. Offenbar findet hier das endliche, persönliche Princip in der testamentarischen, das unendliche allgemeine Princip in der Intestaterbfolge seinen Ausdruk [19]). Kurzweg werden beide auch als das System der Willkür und als das System der Familie dargestellt. Gleichwie aber im römischen Staate der Kampf der Stände in der Ermattung und dem Frieden der Kaiserzeit sich endlich ausgleicht, so tritt auch im Erbrecht zu jenen beiden Systemen noch ein drittes hinzu, das Notherbenrecht, d. h. der Anspruch gewisser Intestaterben, namentlich der Kinder, Testamentserben zu sein. Das Notherbenrecht wird daher als die Identität beider Gegensäze, als ihre Versöhnung in einer ruhigen Mitte characterisirt. Nach dieser Dreitheiligkeit behandelt nun auch der Verfasser das ganze römische Erbrecht in drei Kapiteln: System der Willkür, System der Familie und Notherbenrecht. Nach deren Beendigung folgt ein eigenes Kapitel

19) Gans Erbrecht Bd. 2. S. 9. flg. 31. flg.

mit unserer Regel überschrieben; und über diese äußert sich nun der Verfasser, nachdem er alle äußerlichen Erklärungsversuche verworfen hat, im Wesentlichen dahin [20]):

„In dem Saze nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest ist dieser ewige Gegensaz beider Systeme ausgesprochen, er bedeutet weiter nichts, als: das Testament und die Familie kommen nie zu einander, sie haben nichts mit einander gemein, und es ist daher ein Unsinn (absurdum), wenn Jemand im Sinne hätte, theils testamentarisch, theils familienmäßig beerbt zu werden; dieser Kampf des testamentarischen Systems und Intestatsystems ist eben so nothwendig, als die römische Geschichte selbst, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus."

Hieraus sieht man, wie Gans in diesem Saze den tiefsten Gedanken der römischen Geschichte, wie er von den Römern selbst „in naiver unmittelbarer Weise" in der Lehre vom Erbrecht ausgesprochen sei, erblicken konnte und warum er ihn als Motto an die Spize seines zweiten Bandes gestellt hat.

Noch mehr aber bestätigt sich ihm seine Meinung durch die Ausnahme, welche die Römer von dieser Regel beim lieblosen Testament annahmen. Denn die Umstoßung liebloser Testamente ist der Mittelpunkt des Notherbenrechts und dieses selbst bereits als die Identität des Systems der Willkür und der Familie bezeichnet. Da nun die Rechtsregel schlechthin den Gegensaz des Testaments und der Familie ausdrükt, so folgt von selbst, daß sie da wegfallen muß, wo jener Gegensaz aufhört [21]). Somit scheinen Regel und Ausnahme in ihrer gegenseitigen Be-

---

20) Bd. 2. S. 458. Man vgl. Desselben Beiträge zur Revision der Preuß. Gesezgebung. 1 Bd. Nr. X. S. 126.

21) Bd. 2. S. 461.

schränkung den Triumph dieser geistreichen Darstellung zu vollenden.

Ist sie nun aber auch wahr? ist sie durch Wahrheit befriedigend? Dieses können wir nicht zugeben. Schon im Allgemeinen müssen wir an ihr aussezen, was sich gegen die ganze Hegelsche Richtung sagen läßt. Diese ist geschichtlich auf dem Wege der Abstraction, der Vergeistigung entstanden. Um das vorhergegangene reflectirende Denken aus seinem Dualismus zu erlösen, mußte sie sich auf derselben Bahn der Vergeistigung noch weiter bewegen und so gelangte sie zwar formal auf den richtigen Standpunkt, der Sache nach aber entfernte sie sich noch weiter von dem zu erkennenden Wesen der Dinge, indem sie dieses selbst in ihren Idealismus hineinzog. Mit andern Worten: sie kan zwar darauf sichern Anspruch machen, den Begrif in der Sache richtig zu entwickeln, nicht aber auch darauf, den Begrif von der Sache zu erfassen oder die Sache selbst zu erkennen, indem es in dieser Hinsicht noch darauf ankommt, ob sie auch den in der Sache selbst liegenden Begrif aufgefaßt, oder nicht vielmehr einen selbstgemachten irrigen hineingetragen habe. Sie ist sogar der Gefahr eines solchen Hineintragens mehr, als irgend eine andere Art des Erkennens ausgesezt, weil sie durch ihren Idealismus die Neigung hat, nur das Allgemeinste an der Natur, was sich leicht zum Eigenthum des Begrifs machen läßt, zu berüksichtigen, das Specielle dagegen und somit das innerste Wesen der Sache als ein blos Zufälliges, Positives, oder wie sie es sonst noch nennt, stolz abzufertigen.

So müssen wir denn auch in der Darstellung des römischen Erbrechts zwar die Begrifsentwickelung, gleichsam den philosophischen Calcül mit allen seinen Kunstgriffen bewundern, und sind nicht gemeint, von dieser logischen Seite etwas dagegen aufzubringen; aber ob der

Begrif der Sache selbst, ob der Ansaz des Exempels richtig sei, ist eine andere Frage, die wir nicht bejahen können. Schon die ganze Hegelsche Betrachtungsweise der Geschichte nach den vier bekannten Hauptbestimmungen des Orientalismus, des Griechenthums, des Römerthums und der germanisch-christlichen Welt, die auch im Gans'ischen Werke befolgt wird, ist unserer Ueberzeugung nach unrichtig, was wir aber hier nicht weiter begründen können. Für das Römerthum aber scheint die aufgestellte Bezeichnung als Welt des Kampfes des Unendlichen mit dem Endlichen durchaus nicht ausreichend. Ein solcher Kampf liegt vielmehr im Dasein selbst, muß daher auch bei jedem Volke wiederkehren und die verschiedenen Volksgeister können sich folglich nur dadurch unterscheiden, was ein jeder in diesen Kampf hineinlegt, was z. B. beim Römer das Gute, beim Griechen das Schöne ist. Eben so vermögen wir auch der Bestimmung nicht beizutreten, daß das Allgemeine, Nothwendige als das Unendliche, das Besondere und Freie [22]) als das Endliche gesezt wird, da wir vielmehr das vom Begrif nicht zu Erreichende als das Unendliche fassen müssen. Doch da dieses aufzuzeigen, uns auf die ersten Grundlagen jener Philosophie einzugehn nöthigen würde, so halten wir uns nur an das, was speciell über unsere Regel gesagt wird. Hier können wir aber nicht verschweigen, daß die Bemerkung, Freiheit (Willkür) und Nothwendigkeit seien einander entgegengesezt, so wahr sie als allgemein logischer Saz ist, uns doch keine

22) Dieses Freie als Willkür zu sezen, ist eine nicht zu rechtfertigende Vertauschung der Begriffe. Die Freiheit kann nur auch gemisbraucht werden, wo sie dann Willkür wird. Im Uebrigen steht sie viel höher als die Nothwendigkeit, und der Römer sah es als einen unvergleichbar herrlichern Erwerb an, den er der persönlichen freien Liebe des Verstorbenen dankte, als den er durch das Gesez machte. Aber freilich — Liebe und Freiheit sind, wie alles Persönliche, unbegreiflich, und Dieses scheint dem Testament jene üble Censur des Systems der Willkür zugezogen zu haben.

Einsicht in die vorliegende Frage gewährt. Wir fragen gleich dagegen: warum ist denn in andern Fällen ein Zusammentreffen beider Potenzen in der Art statthaft, daß der Gegenstand getheilt wird? z. B. wenn jemand gegen die lex Falcidia über drei Viertheile der Erbschaft legirt, so besteht sein Wille bis zu drei Viertheilen, für das Uebrige tritt die Nothwendigkeit des Gesezes ein. Auch kann man ohne Zweifel die Hälfte einer Sache von Todeswegen schenken und das Uebrige den Intestaterben lassen. Warum nicht eben so bei der Erbschaft? — Was endlich die als Bestätigung angeführte Ausnahme betrift, so sollte man nach der Darstellung von Gans glauben, daß seit dem Aufkommen des Notherbenrechts für die Notherben das Princip aufgehört habe, was aber keinesweges der Fall ist. Ein Testament, worin Jemand den einen suus übergangen und einen andern zur Hälfte eingesezt hätte, würde noch jezt ganz nichtig sein; eben so umgekehrt das Testament einer Mutter, die das eine Kind zur Hälfte einsezt, das andere übergeht, noch jezt für das erstere so gelten, daß es die ganze Erbschaft bekäme. So muß also wohl auch der Grund dieser Ausnahme in etwas Anderem, mehr in der Sache selbst, gesucht werden.

So weit unser Ueberblik über die bisherigen Versuche zur Erklärung unserer Regel. Er gewährt uns den Vortheil, bei Unternehmung eines neuen Versuchs die Fehler der frühern meiden zu können. Wir werden uns also dem Inhalt nach den ältern Erklärern, welche von der Natur der Sache ausgingen, anzuschließen, dabei jedoch der Form nach tiefer einzudringen und jene Befangenheit, welche aus der Sache nicht heraus und damit nicht zur Sache kommen läßt, zu überwinden haben. Hierbei wird die Rüksicht auf die eigenthümliche Natur des römischen Volksgeistes nicht ausgeschlossen bleiben. Aber wir finden diese nicht, wie die Hegelsche Philosophie, in irgend

einem Moment idealistischer Durchbewegung des Weltgeistes durch die Geschichte. Roms Eigenthümlichkeit besteht uns vielmehr darin, daß diesem Volke das Gute, dessen höchste Darstellung das Recht ist, als sein Pfund zu Theil wurde, und daß wir daher bei ihm das Recht nicht gebrochen durch irgend eine andere Richtung, sondern als das absolute, reine, vollkommene Recht, so wie beim Griechen die absolute, reine, vollkommene Kunst, anzutreffen voraussezen dürfen. Diese Bemerkung wird uns denn auch rechtfertigen, wenn wir im Folgenden die römische Ansicht so entwickeln, als sei sie die absolut wahre, wenn wir materiell keinen Standpunkt über ihr suchen, sondern uns willenlos ihr hingeben, um von ihr zu lernen.

Um der Bedeutung der Regel nemo pro parte testatus etc. auf den Grund zu sehen, bedarf es der Erkenntnis dreier Stücke: was eigentlich Erbschaft und Vererbung (hereditas) sei, worin das Wesen der Testaments- und Intestaterbfolge bestehe und wie sich diese gegenseitig zu einander verhalten. Wir sprechen davon der Reihe nach.

Erbschaft ist nicht blos die Menge von Sachen, welche ein Verstorbener hinterlassen, und Vererbung nicht blos der Erwerb vieler solcher Sachen, welche durch den Tod zufällig ihren Eigenthümer verloren haben; im Wesen der Erbschaft liegt vielmehr eine Beziehung auf die Einheit jener Menge von Sachen in der Person des Verstorbenen, welche wichtiger ist, als die einzelnen Sachen selbst. Dies zeigt schon das Wort hereditas, das nach seiner Ableitung von herus so viel als Herrnschaft bedeutet [25]), so daß

23) Genau genommen: die einen Herrn erwartende Herrnschaft; denn heres ist herus futurus. Vgl. §. 7. I. de hered. qualit. Festus u. Herus. Das Bedenken bei dieser Ableitung, daß herus ein kurzes, heres ein langes e hat, löst sich durch die Analogie von persŏna von persŏno und vieler ähnlicher Beispiele.

also der Erbe nicht sowohl in die Sachen, als in die Herrnschaft, die der Verstorbene über seine Sachen hatte, eintritt. Noch ausdrüklicher sagt uns dasselbe die römische Definition, hereditas sei die successio in uniuersum ius, quod defunctus habuit [24]). Denn das uniuersum ius des Verstorbenen ist nicht jedes einzelne Recht an jeder einzelnen Sache — dieses wäre omne ius — sondern das Eine Recht desselben in allen Sachen, welches in diese erst, wie die Sonne in ihre Strahlen sich ergießt, mit andern Worten also, seine Vermögensfähigkeit als Realität gefaßt; daher auch die Erbschaft nothwendig zweierlei in sich begreift: Die körperlichen und unkörperlichen Sachen des Verstorbenen (res) und seine obligatorischen Beziehungen (daß er reus war). Denn in diese beiden Seiten, die Acquisition und die Obligation, zerspaltet sich die thätige Vermögensfähigkeit. Jene Einheit, die als ein höheres Selbständiges über den einzelnen Rechten und Sachen der Erbschaft steht, ist so ausschließlich wesentlich für den Begrif der Erbschaft, daß wir auch von Jemandem, der entschieden gar keine einzelne Sache, Forderung oder Schuld hinterlassen hätte, wenn er nur überhaupt als homo sui iuris gestorben wäre, doch behaupten müßten, er habe eine Erbschaft hinterlassen, und es könne ihm Jemand Erbe werden [25]). Noch mehr

24) L. 24. D. de V. S. L. 62. D. de R. I. Eben so mit der prätorischen Erbschaft, der bonorum possessio. L. 3 pr. D. de B. P. Bona autem hic (ut plerumque solemus dicere) ita accipienda sunt, uniuersitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam siue soluenda sunt bona, siue non sunt, siue damnum habent, siue lucrum, siue in corporibus sunt, siue in actionibus: in hoc loco proprie bona appellabuntur.

25) Bonorum appellatio, sagt Africanus L. 208. D. de V. S., sicut hereditatis, uniuersitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat. Und Papinian: Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. L. 50. pr. D. de Hered. Pet.

versteht es sich, daß der Umstand, daß die Schulden die Activa übersteigen, dem Begrif der Erbschaft keinen Eintrag thut [26]), nicht weniger: daß die Veräußerung von Sachen aus der Erbschaft oder der Hinzuerwerb von neuen, die Obligirung oder das Obligirtwerden, die Erbschaft als solche eben so wenig zu einem Andern macht, als ein thierischer Organismus durch Wachsen oder Abnehmen ein anderer wird; vielmehr gehört dieses stetige Wechseln des Inhalts zum Wesen der Erbschaft selbst, die sich damit als ein Organisches kund gibt. Hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit: hereditas autem uel maxime fructibus augetur [27]). Noch näher treten wir dem Wesen der Erbschaft, wenn wir von ihr erfahren, daß sie personae uice fungitur, domini loco est, indem sie gleichsam die Person des Verstorbenen in sich enthält [28]). In der That führt uns dieses auf die Höhe dieses Begrifs. Wenn wir nemlich vorhin sagten, die Erbschaft sei die effective Vermögensfähigkeit des Verstorbenen, so blieb noch die Frage unerledigt, was denn diese eigentlich sei? Diese Frage können wir jezt beantworten. Nach der menschlichen Natur selbst, die nicht blos in sich frei, sondern auch zur Herrschaft über die Erde geschaffen ist, hat jede überhaupt nur berechtigte Person nothwendig zwei Richtungen ihres Rechts: die persönliche Freiheit (caput) und die Freiheit im Vermögen. Auf der ersten beruhen alle Rechte des Personenrechts, auf der leztern das ganze Sachenrecht. Beide sind

26) L. 119. D. de. V. S. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est, sicut bonorum possessio. L. 3. pr. D. de B. P.

27) L. 178. §. 1. D. de V. S. Vgl. L. 20. §. 3. D. de hered. petit.

28) §. 2. I. de hered. instit. pr. I. de stipulat. seru. L. 22. D. de fideiussor. L. 15. pr. D. de interrogat. in iure. L. 31. §. 1. D. de hered. instit. L. 34. D. de acquir. rer. dom.

aber nichts von der Person Getrenntes, denn sie sind die Person, d. h. der rechtsfähige Mensch selbst, und ebendaher sind sie unter einander wieder auf so unauflösbare Weise vereinigt, daß, so lange Jemand lebt, er die Vermögensfreiheit nicht anders, als mit der persönlichen Freiheit zugleich, also nur durch eine capitis deminutio verlieren kann. Niemand kann daher seine Vermögensfreiheit, oder wie wir mit einem üblicheren Ausdruke dasselbe bezeichnen wollen, sein Vermögen als solches veräußern. Wenn eine Frau ihr Vermögen als Heiratsgut einbringt, oder irgend Jemand sein Vermögen verschenkt, so bewirkt dieses nicht, daß das Vermögen dieser Person selbst auf den andern übergehe, sie also von ihm lebendig beerbt werde (in diesem Sinne würde eine solche Schenkung u. s. w. nichtig sein), sondern nur, daß der Inhalt des Vermögens, die einzelnen Sachen und Forderungen mit Vorabzug der Schulden, nach der einer jeden eigenthümlichen Erwerbart übertragen werde [29]. Kein Wunder also, wenn das Römische Recht beide Richtungen der Person auch mit demselben Ausdruk bezeichnet; es nennt nemlich nicht blos das persönliche, sondern auch das vermögensrechtliche Recht der Person ius und familia; ius geht auf das persönliche Recht, z. B. in den Ausdrücken: sui iuris, alieno iuri subiectus; auf das Vermögen, z. B. in der Definition der Erbschaft: ius quod defunctus habuit [30]. Eben so familia, was zunächst die

---

29) L. 1. 2. C. Herm. de donatt. (Schulting Iurispr. anteiust. p. 713. 714.) L. 72. pr. D. de iur. dott. L. 4. C. eod. L. 35. §. 4. 5. C. de donatt. Vgl. L. 3. §. 2. D. de usufr. L. ult. D. de usu leg. Eben so mit der societas omnium bonorum, dem Verkauf der Schenkung u. s. w. einer angetretenen Erbschaft, eines Peculiums, welche beide ein Theil der Vermögensfreiheit des Erben oder Herren sind. Vgl. die Stellen in der übrigens nicht tief gehenden Abh. von Hasse über universitas iuris und rerum Archiv für civilist. Praxis Bd. 5. S. 26. flg.

30) Blos der Ausdruk habuit schließt bei dieser Definition die

Person, insofern sie civilrechtlich der Gattung nach in Betracht kommt, eben so häufig aber auch das Vermögen bezeichnet [31]). Wesentlich also ist die Vermögensfreiheit die Person selbst, wie sich denn auch daraus erkennen läßt, daß man die Erbschaft, die personae defuncti uice fungitur, bei der Usucapion den beweglichen Sachen gleichstellte [32]). Wenn nun aber der Mensch stirbt, so trennen sich beide Richtungen. Seine Person mit dem persönlichen Rechte geht in das heilige Recht über, wird Dii Manes; seine vermögensrechtliche Person dagegen bleibt im ius humanum zurük, und bildet die hereditas. Diese ist demnach von der lebenden Person nur darin verschieden, daß sie die vermögensrechtliche Person von der wirklichen getrennt darstellt und als solche eine Sache bildet. Viuentis hereditas non est — bei Lebzeiten fällt sie noch mit der persönlichen Freiheit zusammen, ist familia, und dadurch wird sie gehindert, als Sache sich darzustellen, mit dem Tode hört dieses Hindernis auf und das Vermögen zeigt sich als eine sächliche uniuersitas.

Aus dieser Natur der Erbschaft geht nun zweierlei für unsern Zwek Wichtiges hervor.

Erstens folgt daraus, daß die Vererbung etwas Persönliches sein muß. Denn da die Erbschaft auf Seiten des Verstorbenen nur eine Umgestaltung seiner Person ist, so kann sie auch nur auf eben diese Weise von Seiten des Erben erfaßt werden. Wir könnten daher die Vererbung geradezu als eine vermögensrechtliche Fortpflanzung der

---

Beziehung auf die persönlichen Rechte aus, weil man diese nicht eigentlich hat.

31) L. 195. §. 1. D. de V. S. Vgl. meine Studien des Röm. R. Bd. 1. S. 101. flg. 247. flg.

32) Gai. II, 54. Er führt diese Gleichstellung zwar nur auf den Ausdruk ceterae res zurük. Aber daß noch ein innerer Grund obwaltete, geht daraus hervor, daß man die Servituten an Grundstüken, die doch auch unkörperliche Sachen sind, nicht zu den ceterae res rechnete, sondern den Grundstüken gleich behandelte.

Familie bezeichnen, die eben so wie die Zeugung in einem Aufgeben des persönlichen oder Gattungsdaseins in ein neues Gattungsglied besteht, ein Aufgeben des individuellen nur noch im Vermögen wirksamen Daseins in ein anderes Individuum ist; jene fällt in die Akme, diese in das Ende des menschlichen Lebens. Die Zeugung ist die sterbende Gattung, die Erbschaft das sterbende Individuum. So wie jene in einem Sohne stirbt, so dieses in einem Erben [32 *]. Da aber das vermögensrechtliche Dasein nicht weniger lebendig ist, als das persönliche; so ist auch die Vererbung nicht anders denkbar, als so daß in demselben Moment, wo dieses vermögensrechtliche Dasein als solches — gleich einem Samen — sich trennt, es auch in der neuen Persönlichkeit aufgenommen werde; denn fiele beides aus einander, so wäre es nicht mehr etwas Lebendiges, was mitgetheilt würde, es gliche einem separirten, aber nicht empfangenen Samen, der keine Zeugung bewirken kan. Wir können also auch sagen: Die Vererbung kan nur die familia, nicht eigentlich die hereditas treffen, weil diese einen bereits Verstorbenen voraussezt, und daher etwas Unlebendiges ist. Hierfür finden sich denn auch überall Bestätigungen im Römischen Recht. Die zwölf Tafeln sagen von der Intestaterbfolge: Si intestatus m o r i t u r, cui suus heres nec esit, proximus agnatus f a m i l i a m habeto. Es heißt moritur, nicht mortuus est, das Sterben gehört aber noch mit zum Leben; und nachher familiam, nicht hereditatem; der Erbe soll also dies scheidende Vermögensleben, nicht das geschiedene bereits

32 *) Wir betrachten hier blos das vermögensrechtliche Individuum. Sonst versteht es sich von selbst, daß von dem persönlichen (den Dii Manes) noch vielmehr dasselbe gilt. Der Tod ist die Zeugung in das höhere Leben der Auferstehung. Vgl. Apostelgesch. 13, 33. (Ps. 2, 7.) Coloss. 1, 18. 1 Kor. 15, 22. 29. Hebr. 1, 5. Matth. 20, 22. Tit. 3, 5. u. s. w. — Bei den Alten war daher Venus zugleich die Todesgöttin und Libitina ist wieder mit libido verwandt.

gestorbene haben. Eben so bei der Testamentserbfolge: Vti legassit super familia, pecunia tutelaue suae rei ita ius esto; und in der Form des Testaments per aes et libram kauft der Erbe nicht hereditatem, sondern familiam pecuniamque. Von Seiten des Erben kan sich zwar die Annahme der angebotenen Erbschaft verzögern, gleichwie der Same eine Zeitlang im Mutterschooße ruht, ehe er an das Tageslicht kommt, und eben darum gibt es eine Erbschaft; aber mag er auch antreten, wenn er will, indem er antritt, sezt er immer unmittelbar von Zeit des Todes an die familia des Erblassers fort, und von Seiten des Erblassers ist auch nur zur Zeit des Todes eine Vererbung denkbar. Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur [33]). Und hat der Erbe angetreten, so ist wieder bei ihm die Erbschaft eben so unauflöslich mit seiner Person verbunden, wie es beim Erblasser der Fall war; sie bildet eine ununterscheidbare Einheit mit seiner eigenen vermögensrechtlichen familia und kan nur als solche bei seinem Tode wieder auf einen andern übergehen [34]). Aus derselben persönlichen und lebendigen Natur der Vererbung ist es auch zu erklären, daß nur wieder eine wirkliche und bestimmte, der Familie fähige Person, also nicht z. B. eine uniuersitas, und auch nicht eine zur Zeit des Sterbens noch nicht concipirte Person Erbe werden kan [35]).

---

33) L. 54. D. de acquir. uel omitt. hered. L. 138. pr. L. 193. D. d. R. I. Hierin liegt auch der Grund, weshalb man nicht von einem gewissen Tage an zum Erben einsezen kan. Der Testator würde damit die Natur der Vererbung als einer lebendigen Fortsezung seiner Vermögensfreiheit, d. h. die Vererbung selbst aufheben. L. 34. D. de hered. instit. §. 9. I. eod.

34) L. 194. D. de R. I. L. 7. §. 2. D. de acquir. uel omitt. hered. Vgl. L. 30. §. 1. D. de excus. tut.

35) Im ersten Falle würde es an der Empfängnisfähigkeit des Vorhandenen, im zweiten überhaupt an einem Empfangenden feh-

Aber, wird man fragen, wenn die Vererbung so nothwendig den Eintritt in die familia des Erblassers voraussezt, wie verhält sich hierzu die hereditas, wie kan überhaupt von einer Antretung der hereditas die Rede sein? Antwort: was vom Erblasser als familia hinterlassen wird, ist nach der Seite des Erben hin hereditas. Damit nemlich der Erbe in die familia eintreten könne, bedarf es wie zu einer Arrogation, seiner Zustimmung, nur den Fall des suus heres ausgenommen, der vermöge seiner Personeneinheit mit dem Erblasser dessen familia unmittelbar in sich fortsezt. Da nun die Möglichkeit der Zustimmung des Erben, ja des Erwerbs überhaupt immer voraussezt, daß der Erblasser schon gestorben sei, so muß die familia für ihn nothwendig sich als hereditas gestalten. Familia und hereditas sind also dieselbe Sache, und sind es auch nicht, je nachdem man die Sache ansieht. Sie sind dasselbe dem Object nach, sie sind verschieden der Richtung nach. Das Object ist die Vermögensfreiheit des Erblassers; aber gleichwie die Gegenwart zugleich als die Vergangenheit beschließend und die Zukunft beginnend betrachtet werden muß, wie sie von der Zukunft nur als ein ihr zugeneigtes Moment erfaßt werden kann, dann aber doch ganz, d. h. auch mit ihrem der Vergangenheit zugewandten Momente, in sie übergeht und so dennoch ein lebendiger Uebergang der Vergangenheit in die Zukunft statt findet, so wird auch die vom Erblasser als familia hinterlassene Vermögensfreiheit vom Erben als hereditas begriffen, indem er sie aber als solche ergreift, hat er sie zugleich als familia. Somit ist also auch hereditas nichts Unlebendiges, sondern nur die unlebendigere, nach einer Wiederbelebung sich sehnende Seite dessen, was zugleich hinter sich die lebendigere der familia hat. Und dieses sagt auch

len. Vgl. überhaupt das leztere L. 6. u. 7. D. de suis et legit. §. 8. I. de hered. quae ab intest. L. 3. D. de B. P. S. T.

der Ausdruk hereditas, welcher genau genommen die ihren Herren erwartende Vermögensfreiheit bezeichnet, also auf die Zukunft hinzielt.

Eine zweite Folge jener persönlichen Natur der Vererbung ist die Untheilbarkeit der leztern, denn alle Freiheit, alles persönliche Dasein ist untheilbar, es kann nur entweder vorhanden sein oder nicht vorhanden sein: ist es nur zum Theil entstanden, so ist es noch gar nicht vorhanden, ist es nur zum Theil aufgehoben, so hat es noch gar nicht aufgehört [36]). Wer z. B. ein Thier fängt, kan dadurch nicht zur Hälfte Eigenthümer des Thiers werden wollen, er würde es dann gar nicht; wer es in seine natürliche Freiheit entläßt, kann dieses auch nicht zum Theil thun, er würde durch den behaltenen Theil doch wieder Eigenthümer des ganzen Thiers sein [37]). Wenn ein Sklav im Miteigenthum mehrer steht, und einer läßt ihn frei, so wird nothwendig der Andere Eigenthümer des ganzen Sklaven, indem das gebliebene Unfreisein nun auch den aufgekommenen Theil in sich hineinzieht [38]). Wenn ein Testament, worin ein Sklav freigelassen ist, zum Theil rescindirt wird, so bleibt dennoch die ertheilte Freiheit ganz gültig [39]). Niemand kann einen Sohn zum Theil haben, eine Ehe nur zum Theil abschließen u. s. w. So kan denn auch Jemandes familia nur entweder ganz oder gar nicht vererbt werden. Aber wie verträgt es sich hiermit, daß doch die hereditas eine theilbare Sache ist, daß mehre, jeder auf einen Theil, zu Erben eingesezt werden können? Auch hier müssen wir wieder jene beiden

36) L. 9. in fin. D. de liber. causa. L. 31. §. 1. D. de fideicommiss. libert.

37) L. 3. D. pro derelict.

38) Vlp. I, 18. Paul. S. R. IV. 12. §. 1. Fragm. Dosith. §. 12. §. ult. I. de donatt. L. 1. in fin. C. de commun. seru. manum.

39) L. 76. pr. D. de leg. 2.

Seiten der Erbschaft ins Auge fassen. Insofern die Erbschaft dem Erben zugekehrt ist, ist sie Sache, und eben so theilbar, wie jedes Eigenthum an einer beweglichen Sache [40]). Da sie nun aber nach dieser Seite hin eigentlich den Namen hereditas führt, so müssen wir die hereditas geradezu ein theilbares Recht nennen. Sofern sie dagegen dem Verstorbenen zugekehrt ist, ist sie eine Person und folglich untheilbar. Man möchte hiergegen den Namen der actio familiae herciscundae anführen, der geradezu eine Theilung der familia ausspreche; aber genauer betrachtet bestätigt er gerade unsere Meinung. Denn herciscere heißt nicht theilen schlechthin; es ist zusammengesezt aus herctum, welches von dem alten Worte heresco stammt und ein ererbtes Gut bedeutet, und cisco s. v. a. cieo, diuido [40 *]), so daß familiae herciscundae actio so viel heißt, als eine Klage auf Theilung der familia, insofern diese hereditas ist, oder mit Einem Wort: auf Erbtheilung der familia [41]). Da nun aber hereditas mit familia wieder nothwendig zusammenhängt, und durch den Antritt der hereditas auch die familia auf den Erben übertragen wird, so folgt, daß diese theilbare Natur

---

40) Mit einer beweglichen Sache müssen wir sie vergleichen, weil sie eigentlich die sächliche Persön des Verstorbenen ist. Es folgt hieraus, daß die Erbschaft nur pro indiuiso, nicht pro diuiso theilbar ist. L. 8. in fin. D. de R. V.

40 *) Eigentlich heißt cisco und cieo nur in Bewegung sezen; vergleicht man aber die starre Einheit des consortium der Miterben mit einer sich in Bewegung sezenden Eisdeke, so wird sogleich klar, wie darin folgeweise auch der Begrif der Theilung liege.

41) Das Wort herescere oder heriscere, erwerben, (vgl. nancisci, adipisci u. s. w.) habe ich einer corrupten Zwölftafelstelle vindicirt, Studien des R. R. Bd. 1. S. 156. Hercto non cito ist in ungetheiltem Erbe. Gell. 1, 19. in fin. Seru. ad Virgil. Aen. 8, 642. Herctum ciere das Erbe theilen. Cic. de Orat. 1, 56. Gloss. Philox. h. u. Ob auch herctus, welches Festus für bonus anführt, damit zusammenhängt, kan gefragt werden. Es ist wieder eins mit fortis: doch kan man auch hortus und heredurim evgleichen; vielleicht auch κύριος mit herus.

der Erbschaft immer auch ein Untheilbares mit sich führt, was wir näher dahin angeben können: die Erbschaft ist theilbar, die Vererbung (welche den Erben in die familia defuncti einführt) untheilbar. Obgleich also Personen die Erbschaft zu Theilen erhalten können, so erfaßt doch jede von ihnen die Vermögensfreiheit des Erblassers ganz; und da in dieser als dem Lebendigeren das Unlebendigere der Erbschaft aufgeht, so wird eigentlich jeder Erbe in solidum Vertreter des Erblassers, gleichwie jedes Kind die Persönlichkeit des Vaters wieder ganz in sich ausdrükt, und nur durch das gleichzeitige Vorhandensein mehrer Erben kan es bewirkt werden, daß nicht auch jeder die ganze hereditas habe. Hieraus erklärt sich, warum, wenn der Erbe antritt, er nicht bis zu einem Theile antreten kan; sondern nothwendig die ganze Erbschaft, soweit sie nicht von einem andern angetreten ist, bekommt [42]); warum sowohl dem Testaments-, als dem Intestaterben die ausfallende Portion seines Miterben accrescirt; warum das ius abstinendi und eben so die in integrum restitutio sich nothwendig auf die ganze Erbschaft, soweit sie diesem Erben zugefallen ist, bezieht [43]) u. s. w.

Es möchte nun Jemand glauben, daß durch diese Einheitsnatur der Erbschaft allein schon unsere Rechtsregel erklärt sei. In gewisser Beziehung ist dieses auch gegründet. Denn es folgt nun, daß ein deferirender Wille die Erbschaft auch nur so wie sie ist, mithin nur vollständig deferiren kan und daß irgend ein Erbewerden blos zum Theil undenkbar ist. Allein hiermit ist doch die Möglichkeit noch nicht ausgeschlossen, daß ebenso wie man mehre Erben im Testament einsezen kan, man auch die eine

42) L. 1. 2. 52. §. 1. L. 53. pr. D. de acquir. uel omitt. her. L. 20. C. de iure delib.

43) L. 55. 56. D. de acquir. uel omitt. hered. L. 41. 42. pr. D. eod.

Hälfte durch das Testament vergeben, die andere dagegen durch das Gesez sich vererben lassen könne.

Wir müssen daher weiter gehn und den zweiten vorhin ausgezeichneten Punkt, das Wesen der Testaments- und Intestaterbfolge untersuchen. Man kan diese in verschiedenen Beziehungen mit einander vergleichen, theils nach Verschiedenheit ihrer Principien, theils nach Verschiedenheit des Willens, welcher die eine und die andere deferirt.

In ersterer Beziehung fällt in die Augen, daß die Testamentserbfolge auf dem Princip der Freiheit, die Intestaterbfolge auf dem Princip der Nothwendigkeit beruht, jene daher eine ethische, diese eine physische Grundlage hat. So wie nemlich der einzelne Mensch diese beiden Richtungen in sich vereint, eben so auch die Familie. Diese stellt sich als frei dar in dem jedesmaligen paterfamilias, der mit unbeschränktem Recht über Person und Vermögen an der Spize seines Hausstandes steht und selbst die Macht hat, die Familie fortzupflanzen oder sie mit sich aussterben zu lassen; als nothwendig dagegen in dem die einzelnen Hausstände begreifenden ganzen Geschlechte, welches jene eben so überdauert, wie es sie aus sich hervorbringt. Das Verhältnis beider Erbfolgen zu einander kan verschieden gedacht werden. Da, wo die leibliche Natur vorwaltet, wird die Nothwendigkeit des Geschlechtes herrschen und die Freiheit des Familienvaters unter ihr sich beugen; wo dagegen die geistige Natur überwiegt, da wird sich in demselben Maaße die Freiheit des Familienvaters geltend machen und die Bedeutung des Geschlechts verdrängen. Die erste Erscheinung zeigt uns der Orient, wo wir daher überall die Intestaterbfolge vorwalten sehn, die leztere der Occident, dessen charakteristische Erbfolge daher die testamentarische ist [44]). Wie

44) Welches von beiden vorzüglicher sei, läßt sich absolut nicht weiter bestimmen, als daß wir sagen können, das Princip der Frei-

aber auch das Verhälnis beider Potenzen zu einander beschaffen sein mag, gänzlich aufhören und verschlungen werden kann keine von beiden; denn das hieße soviel, als einen Menschen sezen, der ganz Leib oder ganz Geist wäre, was ein Widerspruch in sich selbst ist. Auch wird stets das Verhältnis zwischen beiden bleiben, daß die Freiheit das vorangehende ist, und erst wenn sie schweigt, die

heit sei das herrlichere, eben damit aber auch dem Misbrauch mehr ausgesezte, das der Nothwendigkeit dagegen das unedlere, was aber auch als solches von sich selbst nicht soviel zu fürchten hat. Im übrigen ist dem Orient das Vorwalten des Naturgesezes, dem Occident das Vorwalten des ethischen Gesezes angemessener und darum für ihn gut: und wenn einmal das eine in das andere umschlüge, so würde dieses jedenfalls ein Zeichen von Depravation sein. In dieser Beziehung ist die Betrachtung des Erbrechts im Code civil. sehr lehrreich. In diesem Gesezbuch, das doch vorwaltend als eine Fortbildung des Römischen Rechts anzusehen ist, wird in der That im Gegensaz des bisherigen Französischen gemeinen Rechts das Intestaterbrecht als das bestimmende zum Grunde gelegt, das testamentarische als Ausnahme behandelt, indem dem Erblasser das Recht, Erben (héritiers) zu ernennen, genommen und auch seine Befugnis, zu legiren, auf einen bestimmten Theil eingeschränkt ist. Wir enthalten uns des Tadels dieser neuen Legislation; denn am Ende schafft sich jeder Zustand selbst die Form, in der er sich am erträglichsten befindet, und dort wirkte zugleich das droit coutumier ein, das auf Deutscher Ansicht beruhte. Doch läßt sich in dieser Legislation schwerlich der Zeitpunct verkennen, wo der Romanismus des westlichen Europa's durch Misbrauch der Freiheit diese selbst in ihrem innersten Princip, der Gerechtigkeit, einbüßte, wo er der Nothwendigkeit verfiel, aber nicht jener natürlichen der Sitte, sondern der unnatürlichen der Erschlaffung und des Zwanges. Am besten kann man sie mit dem Staatsrecht derselben Zeit vergleichen. So wie damals das freie göttliche Recht der Fürsten und Staaten unter dem Scheine der Freiheit in die Bande des Constitutionalismus geschlagen wurde, so mußte auch das freie testamentarische Recht der Väter dem argwöhnischen Gesezlichkeitsprincipe weichen. Wir können daher auch der Ansicht von Gans (Beiträge zur Revision der Preuß. Gesezgeb. I. No. X.) nicht beipflichten, der in dieser Umkehr der Principien einen Fortschritt zu höherer Sittlichkeit erblikt und sie auch dem Preußischen Rechte zur Nachahmung empfiehlt. Uns würde vielmehr darin; daß das freie Recht des Vaters, Liebe und Zorn nach Verdienst zu beweisen, sogar auch für die Zeit nach seinem Tode zur Ausnahme herabgesezt würde, das Bekenntnis eines völligen Verfalls der sittlichen Würde der Familie zu liegen scheinen. Aber freilich deuten Spuren genug, namentlich auch im Preußischen Rechte auf einen solchen Verfall hin, der denn auch die vorgeschlagene Aenderung dereinst herbeiführen könnte.

Nothwendigkeit zu Worte kommt. Denn beide verhalten sich zu einander wie Species und Genus, und in der ganzen Natur, wie im Rechte, gilt das Gesez, daß das Specielle dem Allgemeinen derogirt. Daher tritt überall die gesezliche Erbfolge erst ein, wenn der Erblasser nicht selbst etwas über seinen Nachlaß verfügt hat. — Liegt nun in dieser Polarität der beiden Erbfolgesysteme ein Grund, weshalb beide nicht zugleich theilweise eintreten können? Dieses ist nicht abzusehn. Wir geben zu, daß in Rom das Freiheitsprincip das Extrem erreicht hat, dessen der Mensch überhaupt fähig ist, daß also auch im röm. Rechte eine absolute Ueberwindung des Nothwendigkeitsprincips gegeben ist, wie sie kein anderes Recht aufweisen kann. Aber wie soll es damit zusammenhängen, daß der freie paterfamilias nur entweder die Erbfolge der freien Willensbestimmung oder die des Gesezes eintreten lassen dürfe? Umgekehrt scheint aus der absoluten Macht der Freiheit zu folgen, daß er auch zwischen ihr und der Nothwendigkeit theilen, d. h. verordnen könne, der eine Theil solle dem von ihm gewählten, der andere dem gesezlichen Erben zufallen. In dieser Betrachtung finden wir daher keinen Aufschluß über unsere Regel.

Wir wenden uns zur Betrachtung des deferirenden Willens.

In dieser Beziehung kommen Testaments- und Intestaterbfolge darin überein, daß sie beide auf einem civilrechtlichen Willen beruhen, die erstere auf einem Privat-, das leztere auf einem Staatswillen. Civilrechtlich muß dieser Wille sein, weil eine Erbschaft überhaupt nur iure ciuili d. h. in der Einheit des Staats, welcher die vereinzelten Individuen zusammenhält und überdauert, gedacht werden kan. Denn iure gentium, welches den Menschen blos als vereinzeltes Individuum faßt, würde mit dem Tode die ganze Persönlichkeit aufhören und nur noch

von einzelnen herrenlosen Sachen die Rede sein können. Daher hatte das Gesez der zwölf Tafeln nicht nur die Intestaterbfolge angeordnet, sondern auch den lezten Willen derer, welche sich selbst einen Erben ernennen würden, bekräftigt, und **Ulpian** bemerkt, daß gar wohl auch die Testamentserbfolge als durch Gesez anfallend betrachtet werden könne [45]). Hiernach liegt also in der Art der Rechtsgültigkeit beider Willen kein Grund ihres absoluten Widerstreits. Ist dieser also vielleicht in der Natur beider Willen zu suchen? In dieser Beziehung ist die gesezliche Erbfolge von gewöhnlichen gesezlichen Bestimmungen, welche Rechte ertheilen, nicht verschieden, und bedarf also keiner Erläuterung [46]). Hinsichtlich der Testamentserbfolge dagegen entsteht sogleich die Frage, ob diese nicht vielleicht auf einem Vertrage des Erblassers mit dem Erben beruhe, in welchem Falle der Testamentswille allerdings eine andere Natur haben würde, als der gesezliche, von dem man nicht sagen kan, daß hier das Gesez einen Vertrag mit dem Erben abschließe. Dieses ist also zunächst zu untersuchen.

Bekantlich gab es nach dem Civilrechte drei Arten von Testamenten, zwei ursprüngliche, das testamentum calatis comitiis und endo procinctu, und ein nachher hinzugekommenes, welches jene beiden allmälich verdrängte, das testamentum per aes et libram. Ueber die Natur dieser Testamente steht zwar noch wenig fest; doch glauben

---

45) L. 130. D. de V. S.

46) Die Verschiedenheit, welche zwischen Legaten und Erbschaften statt findet, daß jene lege, diese durch Antretung erworben werden, beruht nicht auf einer eigentlich gesezlichen Willenserklärung, sondern auf der Natur der Erbschaft. Weil diese eine der Arrogation ähnliche vermögensrechtliche Fortpflanzung der Person ist, bedarf sie auch immer der Einwilligung der Person, welche die persona defuncti übernimt. Wo also kein Eintritt in die Persönlichkeit des Verstorbenen geschieht, bedarf es auch nicht der Einwilligung, sondern nur des Nichtdissenses.

wir folgendes den Quellen und der Natur der Sache gemäß verbürgen zu können.

Seinen lezten Willen zu erklären, hat eine nothwendige Beziehung auf das lezte Schiksal des Menschen. Nach der Natur des Staatslebens gibt es nun aber zunächst zwei Zustände, welche das Erfolgen des Todes bestimmen, den heimischen oder Friedensstand und den nach außen gekehrten oder Kriegsstand (domi militiae). Im leztern herrscht die freie That und schaft sich selbst die Gefahr; im ersten gilt das Gesez und bestimmt auch den Lauf der Natur gesezmäßig. Daher zuerst jene beiden Hauptarten von Testamenten, die sich in dieser Hinsicht unterschieden, daß das testamentum in procinctu vor jeder Schlacht, also in zufälligen Zeiten, das testamentum calatis comitiis dagegen nur zu bestimmten gesezlichen Zeiten gemacht werden konnte [47]), und zwar ward zweimal im Jahre dazu Gelegenheit gegeben, ohne Zweifel nach den beiden Jahreszeiten Sommer und Winter, welche im regelmäßigen Laufe der Natur den Wechsel von Leben und Sterben bestimmen — dort stirbt das Samenkorn in der Erde, hier fällt die Erndte unter der Sichel, dort opfert sich die Ruhe der Bewegung, hier die Bewegung der Ruhe, und dieser Wechsel in den Grundbedingungen des menschlichen Lebens muß auch in der Entwikelung des menschlichen Geschlechts hervortreten. — Wie wurde nun aber in Gegenwart des friedlichen oder bewafneten Volks testirt? durch einen Vertrag mit dem Erben? oder durch einseitige Willenserklärung? Mit Bestätigung durch einen Volksbeschluß oder ohne einen solchen? Nach der Fassung des

47) Schon in diesen beiden Testamentsarten tritt also der Gegensaz des Soldatischen und Bürgerlichen im Keime hervor, der sich nachmals in der Kaiserzeit vollständig ausbildete. Das erstere ist das vom Gesez Freie, das leztere das Gesezmäßige. Doch ist der Gegensaz jezt aber noch ein keimartiger und folglich gebundener.

Zwölftafelgesezes: uti legassit suae rei ita ius esto müssen wir annehmen, daß kein Vertrag, namentlich keine uenditio familiae, die ja auch als etwas dem testamentum per aes et libram Eigenthümliches angeführt wird, eingegangen wurde, sondern der Erblasser blos aussprach: Lucius Titius heres mihi esto [48]). Auch stimmt nur damit die doch allgemeine Definition des Testaments, daß es sei uoluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri uult [49]); denn schwerlich wird man einen Vertrag eine iusta sententia nennen; er wäre vielmehr ein pactum legitimum. Als äußerliches Argument kommt hinzu, daß jedenfalls beim testamentum in procinctu eine Zuziehung des Erben, um ihm das Vermögen zu schenken, fast undenkbar ist, wenn man nicht gegen alle Wahrscheinlichkeit annehmen will, der Erblasser habe hier nur Kriegscameraden einsezen dürfen. Nicht minder aber würde auch beim testamentum calatis comitiis der so häufige Fall Schwierigkeiten erregen, daß Jemand unmündige Kinder einsezen wollte, die gar nicht consentiren konnten [50]). Im-

48) Warum nicht Lucio Titio familiam meam do lego, wie man nach den spätern Testamentsworten beim testamentum per aes et libram (Gai. 1, 104. Vlp. 20, 9.) vermuthen möchte, soll später gezeigt werden.

49) L. 1. D. qui testam. facere poss. cf. Quintilian. Declam. 308. — Testamentum per aes et libram hieß eigentlich nur derjenige Wille, welcher durch die testatio bekräftigt wurde (Vlp. l. c.), und so kan man sagen, daß, als der familiae emptor noch selbst Erbe war, er gar nicht durch Testament, sondern familiae uenditione zur Erbschaft berufen war.

50) Man wende nicht ein, daß dieselbe Schwierigkeit beim testam. per aes et libram nach dessen ursprünglicher Form statt gefunden habe, denn dieses Testament diente überhaupt nur zur Aushülfe, und wer sich ihrer statt der gewöhnlichen Testamentsform bediente, mußte mit dem, was sie gewährte, zufrieden sein. Ohnehin konnte man hier der Schwierigkeit durch die Veränderung ausweichen, daß man den familiae emptor von dem Erben trennte und den lezteren im Testamente einsezte. Ein Hauptgrund dieser Veränderung mochte gerade in dem Bedürfnisse, auch unmündige Kinder einzusezen, liegen. — Noch bemerke ich, daß Plutarch (Coriolan. c. 9.) nur von einem Nennen des Erben (ὀνομάζειν τὸν κληρονόμον) beim testam. in procinctu weiß.

merhin ist es aber möglich, daß ein auswärtiger Erbe beim Testamentsact zugezogen wurde, damit der Pontifex sich wegen der sacra überzeugte, ob dieser auch ein würdiger und zulässiger Nachfolger im Vermögen sei.

Hinsichtlich der andern Frage, welche Bedeutung die Zuziehung des Volks gehabt habe, gibt es bekantlich zwei Meinungen, die eine, daß es durch eine lex wie bei der Arrogation den lezten Willen habe bekräftigen müssen, die andere, daß es blos Zeugnis halber zugezogen worden sei. Die erste Meinung stüzt sich besonders auf zwei Argumente, die Analogie der Arrogation und den Namen calatis comitiis, weil comitia eine zur Stimmabgebung gehaltene Volksversammlung bedeutet habe. Allein was das erstere betrifft, so paßt offenbar jene Analogie nicht. Zur Arrogation bedarf es keiner bestätigenden lex, weil der Gegenstand dieser Handlung, der zu Arrogirende, ein liberum caput ist, das sich selbst nicht veräußern kan, weshalb nur übrig bleibt, daß der populus, der über alle Bürger potestas hat, sein in adoptionem se dare bekräftigte [51]). Hier aber wird nur die **Vermögensfreiheit**, die der persönlichen unterworfen ist, veräußert, und darüber hat der freie Mann selbst Gewalt. Demnach muß die Erbesernennung ebenso ein bloßer civilrechtlicher Privatact sein, wie die datio in adoptionem eines der Gewalt seines Vaters unterworfenen Kin-

51) Zwar hätte auch ein Gesez ein für alle Male sagen können, daß die Selbsthingabe in die Adoption für sich selbst als civilrechtliche Bekräftigung gelten solle. Aber da Arrogationen so selten vorkommen, da sie stets unmittelbar ein Stük vom Staate (ciuis pars patriae, Senec. de ira 2, 31.) betrafen und allerlei Interessen der honestas in jedem einzelnen Falle zu berüksichtigen waren, so war zu einem Geseze, welches diesen Act der Privatwillkür überwiesen hätte, kein Grund vorhanden, und so blieb es dabei, daß jede Arrogation, ihrer Natur gemäß, jedesmal im Wege des priuilegii behandelt wurde.

des [51]). — Das zweite Argument beruht auf einer falschen Auffassung des Unterschiedes zwischen comitia und concio. Wie schon die Ableitung zeigt, bedeutet concio eine bewegte, zusammengebrachte Menge, die also in ihrer Versammlung sich nur passiv verhalten, etwas vernehmen soll und daher den bloßen Haufen des Volks ohne eine organische Ordnung enthält; comitia dagegen eine zusammengegangene Menge, die also in ihrer Versammlung sich selbstthätig verhält, wozu sie denn der Aufstellung und Wirksamkeit in organischer Ordnung bedarf; denn nur der nach seinen Abtheilungen ausgegliederte populus kan nach Röm. Staatsrechte thätig sein. Daraus folgt, daß allerdings, wenn vom Volke abgestimmt werden soll, comitia erforderlich sind, aber das Abstimmen ist nicht der einzige mögliche Act seiner Selbstthätigkeit; als ein solcher ist vielmehr offenbar auch anzusehn, wenn das Volk Zeugnis geben soll (ita uos, Quirites, mihi testimonium perhibetote). Daher bedurfte es auch, wenn die Testamente ohne lex, aber testibus Quiritibus gemacht wurden, der comitia, eine bloße concio wäre dazu nicht hinreichend gewesen. Doch wollen wir es nicht so sehr tadeln, wenn beiläufig auch der Ausdruk concio hiervon einmal gebraucht wird, wie es Gellius namentlich thut [52]);

---

51) Dieses hat Niebuhr Röm. Gesch. I. S. 501. II. S. 381 flg. übersehn. Er hat die ganz unjuristische Idee, das Volk habe deshalb die Testamente bestätigen müssen, weil, wenn ein Einzelner gestorben wäre, das Vermögen mittelbar (durch familia, gens, curia hindurch) eigentlich dem Volke gehört hätte. Aber bekantlich wurden die bona uacautia ehemals herrnlos und erst durch die lex Iulia et Papia dem Aerarium überwiesen. Und wollte man jenen dem Röm. Rechte ganz fremden Gedanken überhaupt consequent anwenden, so würden, wenn Jemand Agnaten oder wenigstens Gentilen hinterlassen hätte, diese und nicht das durch sie ausgeschlossene Volk haben genehmigen müssen. — Niebuhr kannte das Recht historisch, wußte es aber nicht juristisch; vgl. Hugo in der elften Rechtsgeschichte S. 56.

52) XV, 27. — Wenn es in einer lex regia hieß, der un-

denn allerdings ist die Thätigkeit des Zeugens nicht in dem Grade positiv, wie die des Abstimmens. Aber was sind calata comitia? Auch darüber herrschen irrige Ansichten. Nach der Beschreibung bei Gellius dürfen wir annehmen, daß es gerade solche sind, die nicht zum Stimmabgeben, sondern nur Zeugnishalber gehalten wurden und übrigens theils curiata theils centuriata sein konten. Denn alle Handlungen, welche er dort als in comitiis calatis vorgenommen erwähnt, Inaugurationen des rex sacrorum und der Flamines und die sacrorum detestatio, sind von der Art, daß das Volk dabei blos Zeuge sein sollte. Daher denn auch der Ausdruk calata comitia; denn calare heißt feierlich aufrufen, entbieten, und wird daher gebraucht, wenn z. B. der Pontifex an der Spize des feierlich hierzu entbotenen Volkes den Neumond am Anfange des Monats auf den fünften oder siebenten Tag zu erscheinen aufrief, wenn der Priester durch seine Rufer (calatores) alle mit Alltagsarbeit Beschäftigten sich zu entfernen aufforderte u. s. w. 53), das Wort war also gerade bei solchen Comitien an seiner Stelle, zu denen das Volk nicht blos zusammenberufen, sondern zugleich zur Zeugnisabgabe bei einem bestimmten Acte aufgerufen wurde 54), wie es denn bekantlich noch

---

willkürliche Todtschläger sollte zur Sühne den Agnaten des Getödteten in concione arietem offerre (I. Huschke analect. litter. p. 173. 375 seq.), so wären gewiß unter der concio auch comitia calata zu verstehn.

53) Varr. de L. L. 5, 4. Vgl. 4, 1. in fin. Gell. 15, 27. Macrob. Sat. 1, 15. Seru. ad Virgil. Georg. 1, 268. Auch das Wort nomenculator, der Namenaufrufer, gehört hierher.

54) Man muß sich daher denken, daß wenn comitia calata centuriata berufen wurden, was durch einen Hornbläser geschah, doch daneben der Zwek der Versammlung mündlich ausgerufen wurde. Niebuhr Röm. Gesch. I. S. 348. der zweiten Ausgabe ist geneigt dem Gellius oder vielmehr dem Lälius ein Misverständnis vorzuwerfen. Doch widerspricht er sich eigentlich selbst, vgl. II. S. 319. I. S. 501. wo er auch Centuriatcomitien für Testamente annimt, und diese heißen doch immer calata comitia.

in den spätesten Zeiten beim Testamentsact nicht hinreichte, daß die Zeugen zusammenkamen, sondern sie mußten auch rogati, d. h. zum Zeugen feierlich aufgefordert sein [55]). Im Uebrigen läßt sich mit Sicherheit vermuthen, daß so wie zur Inauguration von Priestern curiata, so zur Einrichtung von Testamenten und zur sacrorum detestatio centuriata comitia gehalten wurden. Denn jene betrafen etwas Persönliches, Priesterliches und mit den ursprünglichen Augurien Zusammenhängendes, diese etwas Vermögensrechtliches, und noch in den spätern fünf Zeugen des testamentum per aes et libram erkennt man die Repräsentanten der fünf Classes der Centurienversammlung [56]).

Gehn wir nun aber von der Vorstellung aus, die offenbar auch Theophilus hatte [57]), und welche durch die Form des testamentum in procinctu bestätigt wird [58]), daß nur zeugnishalber vor dem Volke testirt wurde, so fragt sich noch, worin dieses Volks-

55) L. 22. §. 2. D. qui testam. fac. poss. L. 21. pr. C. de testam. Rogati ist also nur ein späteres gebräuchlicheres Wort statt des alterthümlichen calati. Ueberhaupt unterscheiden sich die testes rogati oder Solennitätszeugen von den übrigen dadurch, daß ihr Zeugnis ein selbstthätiges, womit sie das Geschäft zu Stande bringen helfen, nicht blos ein passives Vernehmen ist.

56) Dagegen dürften die bei nuptiis confarreatis nothwendigen zehn Zeugen auf Repräsentation der zehn Curien derjenigen Tribus hindeuten, welcher die Frau angehörte, die durch diese in manum conuentio aus jener Tribus herausging oder doch in ihr die Familie wechselte. Gai. 1, 112. Vlp. 9, 1.

57) Paraphr. Instit. II. 10. §. 1.

58) Auch bei dieser ging ein feierliches uiros uocare vorher und an eine lex war hier natürlich nicht zu denken. Vgl. Cic. de nat. deor. 2, 3. Gell. 15, 27. Interpr. Virgil. Aen. 10, 241. ed. Mai. Hugo's elfte Rechtsgeschichte S. 246 flg. Man könnte noch fragen, warum es hier uiros uocare und nicht calare hieß? Wie ich glaube, weil lezter Ausdruk das friedliche gesezmäßige Aufrufen bezeichnet, was nur daheim für das Forum, nicht militiae, in der Schlachtordnung am Orte war.

zeugnis seinen Grund gehabt habe? Wohl offenbar in Folgendem: Wer etwas über seinen Tod Hinausreichendes verfügt, vermag dieses nicht als Einzelner für sich; er muß es als Bürger, gehalten durch die Einheit des Volkes, welches den Einzelnen überlebt, thun. Darum ruft er das Volk zum Zeugnis seiner leztwilligen Verfügung auf, auf daß diese, vom Volkszeugnisse getragen, auch nach seinem Hinscheiden in Kraft bleibe. Und hieraus erklärt sich auch, warum der Act, der seinem materiellen Inhalte nach legare hieß, doch nicht mit diesem Ausdruk, sondern testari genannt wurde; denn dieses testari gab der ganzen Handlung erst ihre formelle Gültigkeit.

Aus dieser Ausführung erhellt nun, daß nach jener ältesten Form der Testamente der Testamentswille durchaus keine andere Natur hatte, als der Wille des Gesezes, welches dem ohne Testament Verstorbenen einen Erben gibt. Jene Testamente waren zwar keine leges publicae, aber auch keine Verträge mit dem Erben, sondern leges priuatae, in denen der Testator eben so einseitig befehlend seinen Willen über die Vererbung seines Guts aussprach, wie das Staatsgesez über die Intestaterbfolge.

Wie aber mit dem später aufgekommenen testamentum per aes et libram? Dieses beruhte bekantlich auf einer Anwendung der Mancipation auf die Erbfolge. Der Erblasser zog seinen Erben selbst zu, dieser sprach über die familia pecuniaque die Mancipationsworte und kaufte sie scheinbar mit einem As im Beisein der fünf Mancipationszeugen und des Libripens. Daß nun diese Testamentserrichtung auf einem Vertrage beruhte, läßt sich schwerlich bezweifeln. Ueber die genauere Art dieses Vertrages lassen sich jedoch noch verschiedene Meinungen aufstellen, da Gajus uns bekanntlich nicht die

ursprüngliche Form dieses Testaments, sondern die spätere, derzufolge der familiae emptor blos noch imaginär zugezogen, der eigentliche Erbe aber im Testament eingesezt wurde, aufbewahrt hat. Man kan sich zuvörderst vorstellen, der familiae emptor habe geradezu mit der Formel gekauft; familiam pecuniamque tuam ex iure Quiritium meam esse aio eaque hoc aere mihi esto empta. Einer Aeußerung des Testators habe es dann weiter nicht bedurft, sondern blos der Annahme des As als imaginären Kaufschillings; auch sei eine testatio an die anwesenden Zeugen, die ja bei der gewöhnlichen Mancipation nicht vorkommt, auch hier nicht nöthig gewesen, außer etwa, wenn der Erblasser dem familiae emptor noch Legate aufgelegt, Vormünder ernannt oder Sklaven freigelassen hätte, und mit dem Tode des Erblassers als dem Augenblike, wo die familia fällig wurde, sei der familiae emptor ohne Weiteres ipso iure Erbe geworden. Nach dieser Vorstellung würde das Erbrecht des familiae emptor sich gar nicht auf eine testatio, auch nicht auf die Stelle der zwölf Tafeln uti legassit suae rei ita ius esto stüzen, sondern blos auf die Kraft der Mancipation, die ja die zwölf Tafeln ganz allgemein bekräftigt hatten und die hier auf die familia gültig angewandt war [59]). Es läßt sich aber auch denken, daß der familiae emptor damals vom Erblasser noch ausdrüklich durch ein unmittelbar nach der vollendeten Mancipation gesprochenes heres esto zum Erben ernannt, und daß dieses dann samt den etwa noch hinzugefügten Legaten, Freilassungen u. s. w. durch die testatio: Haec uti nuncupaui, ita do, ita lego, ita testor, itaque uos, Quirites, testimonium mihi perhibetote bestätigt worden sei. Alsdann würde auch damals schon der familiae emptor zu den

59) Vgl. meine Studien des R. R. Bd. 1. S. 233. Not. 59.

obigen Mancipationsworten hinzugesezt haben: quo tu iure testamentum facere possis, secundum legem publicam, um nehmlich anzuzeigen, daß er nur in Erwartung der vom Erblasser noch zu testirenden Erbeseinsezung dessen familia gekauft haben wolle: die Erbwerbung würde doch auch damals schon durch die testatio und durch die Zwölftafelstelle uti legassit etc. begründet gewesen und beides sich nur an die Mancipation und die lex mancipii als den zum Grunde liegenden Hauptact angeschlossen haben. Auch hätte es dann immer noch nach dem Tode einer Antretung der Erbschaft bedurft. Für beide Ansichten läßt sich nun mancherlei anführen. Doch halte ich die leztere für richtiger, aus folgenden Gründen. Zwar ist die Mancipation auf die familia an und für sich anwendbar, und es steht ihrer Anwendung auch das nicht entgegen, daß die familia in dem Augenblik, wo mancipirt wird, sich noch nicht vom Testator trennt; denn die familia ist eine untheilbare Einheit, bei der die Zeit nichts ausmacht, und die daher in allen Momenten ihres Bestehens bis zum Tode hin mancipirt erscheint; aber es bleibt uns bei dieser Anwendung das Bedenken, daß eine Verordnung über die familia von Todeswegen, weil sie die Persönlichkeit betrift und diese über das Leben hinaus erhalten soll, überhaupt nur durch ein legare und testari möglich ist [60]). Demnach muß sie erst durch eine selbständige Willensbestimmung und durch Bezeugung derselben vor dem Volke gleichsam mancipabel gemacht werden, wenn

60) Vgl. oben S. 274. vor Not. 29. Daher ist eine mortis causa donatio familiae suae, die auch nirgend in unsern Quellen erwähnt wird, nicht möglich. Einzelne Sachen dagegen können wohl mortis causa geschenkt werden. Diese Schenkung will nehmlich nicht ein Bestehn des Testators über sein Leben hinaus bewirken, sondern nur etwas aus dem Vermögen (der familia) im Augenblik des Sterbens veräußern, so daß sie umgekehrt dem Fortsezer der Person des Erblassers etwas entzieht. §. 1. I. de donatt. L. 1. pr. L. 35. §. 2. D. de donatt. mort. causa.

die Mancipation derselben Kraft haben soll [61]). Und hiermit stimmt denn auch der Sprachgebrauch, der auch schon jene frühere Form ein testamentum per aes et libram nennt, ein offenbar unpassender Ausdruk, wenn nicht die Erbernennung des familiae emptor damals schon bezeugt worden wäre. Eben dieser Ausdruk bestätigt aber auch, daß dieses ganze Geschäft formell hauptsächlich eine Mancipation blieb und der familiae emptor eben als solcher die Erbschaft bekam [62]). Denn so wie sonst die calata comitia das testamentum stüzten und trugen, so jezt die familiae mancipatio, welche eben dadurch, daß sie ebenfalls ein von den zwölf Tafeln bestätigtes Rechtsgeschäft war, die Fähigkeit hatte, mit denselben Wirkungen den unbequemen calatis comitiis substituirt zu werden.

Hiermit ergibt sich denn für unsere Untersuchung das Resultat, daß das testamentum per aes et libram zwar formell auf einem Vertrage mit dem Erben beruhte, materiell aber doch den ursprünglichen Character eines einseitig gesezgeberisch erklärten und bekräftigten lezten Willens behielt [63]). Daher läßt sich auch von dieser Form des

61) Ich beziehe daher die Worte: quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam jezt nicht mehr auf die der Erbeseinsezung beigefügten Legate (wie in den Studien S. 249.), sondern eben auf dieses Mancipabelmachen der familia durch das legare et testari des Erblassers. Ebendaher glaube ich auch nicht mehr, daß bei andern Mancipationen als denen der familia diese oder diesen ähnliche Worte vorgekommen seien.

62) Gai. 2, 103. 105 sagt daher auch, der familiae emptor habe heredis locum eingenommen, sei heredis loco gewesen, nicht umgekehrt von dem spätern heres, er sei familiae emptoris loco gewesen, und sezt nachher den spätern familiae emptor, der durch seinen Kauf nichts mehr bekam (bei Vlp. 20, 2. mancipatio imaginaria), dem frühern, der also wirklich die familia durch den Kauf bekam, entgegen.

63) Daß, wie von jeher, so auch damals der lezte Wille des Testators ambulatorisch war, ist kaum nöthig zu bemerken. Denn ein obligatorischer, bindender Vertrag ist gegen die Natur jeder leztwilligen Verordnung, die nicht mehr auf Geldinteresse hin-

Testaments nicht behaupten, daß die Art dieses testamentarischen Willens von dem gesezlichen der Intestaterbfolge wesentlich verschieden gewesen sei.

Noch weniger kann dieses aber von der spätern Form des testamentum per aes et libram behauptet werden, wo die formelle und materielle Bedeutung des familiae emptor auch den Personen nach geschieden, der wirkliche Erbe im Testament eingesezt und der familiae emptor blos noch als Solennitätsperson zu der nun imaginären Mancipation zugezogen wurde. Denn hier war die einseitige Erbesernennung auch der Form nach von jenem Vertrage getrennt und der gesezlichen Berufung durchaus gleich geworden.

Was für eine Verschiedenheit bleibt uns nun also noch zwischen der testamentarischen und der gesezlichen Erbesernennung? Offenbar nur die, daß jene vom Testator, diese vom Gesez ausgeht. Diese ist aber auch von der größten Wichtigkeit, wie sich sogleich zeigen wird, wenn wir jezt zum dritten oben hervorgehobenen Punkte, der Untersuchung des Verhältnisses dieser beiden Berufungsarten zur Natur der Erbschaft, übergehn.

Wir sahen oben, daß der eigentliche Gegenstand, zu welchem ein Erbe berufen wird, die familia d. h. die vermögensrechtliche Person des Erblassers und daß sie als solche untheilbar sei. Wenn nun Jemand sich selbst einen Erben ernennt, so ist es wiederum diese Person, welche diesen Act vornimmt. Also fallen in dem Acte der Erbesernennung Subject und Object in eines zusammen, die

---

ausgeht, wie die Verträge bei Lebzeiten, sondern blos durch freie persönliche Zuneigung bestimmt werden kan. Diese durch einen Vertrag zu binden, hieße die Person unter das Vermögensrechtliche herabwürdigen, und ist eben so unmöglich, wie ein obligatorisches Versprechen, zu heiraten oder nicht zu heiraten, sich zu scheiden oder nicht zu scheiden u. s. w. In diesem Sinne hat es denn auch nie bei den Römern Erbverträge gegeben.

familia will sich dem Erben übertragen, sie vererbt sich selbst: und hiermit ist der Grund unserer Regel gefunden [64]). Denn wenn so Testator und Erbschaft sich indifferenziiren, so folgt, daß auf dieselbe Weise, wie die Erbschaft objectiv untheilbar ist, auch der subjective mit ihr zusammenfallende Wille untheilbar, mithin jede Concurrenz eines andern Willens mit sich ausschließend sei und daß also, wenn Jemand testirt, er es nicht blos zum Theil könne, sondern die familia nur entweder ganz oder gar nicht durch sich selbst, d. h. durch ein Testament vererbt werden könne. Mit Recht sagen daher auch die Juristen: die Concurrenz der Testaments- und Intestat-

64) Hieraus ergibt sich auch, warum der Testator nicht mit den Worten: Titius familiam meam habeto oder Titio familiam meam do lego (wie man nach Vorschrift der zwölf Tafeln über die Intestaterbfolge vermuthen sollte), aber auch nicht so: Titius hereditatem meam habeto u. s. w., sondern nur mit der Formel T. heres esto zum Erben einsezen konnte. Wenn nemlich auch der Vererbende und das Vererbte im Object zusammenfällt, so ist doch dieser Gegenstand ein anderer als vererbendes Subject und als vererbtes Object, gleichwie auch das Bewußtsein als von sich geseztes schon ein Anderes ist, als das Bewußtsein an sich. Nun ist aber familia, wie gezeigt, der Ausdruk für die Vermögensfreiheit, insofern sie dem Erblasser zugekehrt ist und mit ihm zusammenfällt, folglich die Vermögensfreiheit, insofern sie sich vererbt, aber nicht insofern sie von sich vererbt wird. Daher kan wohl ein über dem Erblasser stehendes Gesez (wie die zwölf Tafeln bei Anordnung der Intestaterbfolge) oder eine außer ihm stehende Person (wie der familiae emptor) den Ausdruk familia gebrauchen und muß dieses selbst, weil sie, wie gezeigt, die Lebendige und Hauptseite des Vererbten ist, nicht aber auch der Erblasser selbst, indem er vererbt. Aber dieser kan auch nicht seine hereditas vererben. Denn hereditas fängt seine Vermögensfreiheit erst an zu sein, wenn er gestorben ist, und alsdann gehört sie ihm nicht mehr, er kan also auch nicht über sie verfügen (Vgl. L. 9. §. 1. de iure dot.) Da also die familia dem Erblasser zu nahe diesseits, die hereditas zu weit jenseits liegt und eine andere Bezeichnung des Objects nicht vorhanden ist, so folgt, daß er überhaupt seine Verfügung nicht auf ein Object richten kan, sondern die Beziehung des Nachfolgers im Vermögen zu sich ausdrüken muß, was denn mit den Worten heres esto geschieht. In der That ist dieses auch schon deshalb das einzig Consequente, weil der lebendigen Person des Vererbenden auch nur die lebendige Person des Erben völlig entspricht. Heres wird er aber mit Recht genannt, weil nach seiner Seite hin die familia unlebendig ist.

erbfolge sei **natura** unmöglich (nemlich nach der untheilbaren Natur der sich selbst übertragenden familia), nicht vermöge irgend eines geschichtlichen Grundes; mit Recht drüken sie sich gerade so aus: es sei unmöglich, daß Jemand zum Theil testatus, zum Theil intestatus sterbe, nicht aber: daß er zum Theil durch Testament, zum Theil **durch Gesez** beerbt versterbe. Der erstere Ausdruk nemlich bezeichnet das rein Negative, daß mit einem Testament nicht zugleich eine Delation, die nicht dieses Testament sei, nach Theilen concurriren könne, und trift damit den eigentlichen Grund der Regel, die Ausschließlichkeit und Untheilbarkeit der testamentarischen Succession; wogegen die andere andeuten würde, daß in der Art des testamentarischen oder gesezlichen Willens etwas Widersprechendes liege, was nicht der Fall ist. **Cicero's** oben angeführte Fassung der Regel, die dieses Misverständnis begünstigt, ist eben deshalb tadelnswerth. Wir können hier sogleich eine Bemerkung anknüpfen, die auch als Probe der Richtigkeit unserer Deduction gelten kan. Wenn nemlich in Wahrheit in der Ausschließlichkeit der sich durch ein Testament vererbenden familia der Grund unserer Regel liegt, so folgt von selbst, daß nicht blos die Erbfolge ab intestato im eigentlichen Sinne, sondern auch die Erbfolge aus einem andern Testament, mit der testamentarischen Erbfolge unverträglich sein muß. Mit andern Worten, es muß auch die Regel gelten: nemo pluribus testamentis pro partibus relictis decedere potest. Und so ist es auch. Wenn Jemand mehre Testamente gemacht hat (wohin, wohl zu bemerken, der Fall nicht gehört, daß er in verschiedene Urkunden, die zu derselben Zeit als Testament solennisirt wurden, seinen testamentarischen Willen vertheilt hat) [65]) und das eine ist älter, das andre

---

65) Davon spricht L. 1. §. 6. D. de B. P. S. T. Sed etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes

jünger, so wird das erstere durch das leztere nothwendig aufgehoben, selbst dann, wenn das frühere Erben auf das ganze Vermögen, das leztere Erben auf einzelne Sachen eingesezt enthielt, oder was dasselbe ist, wenn im ersten Erben für den einen Theil, im lezten Erben für den noch übrigen Theil ernannt waren. Denn da ein Testament nichts anders als die ganze Erbschaft vererben kan, so muß auch das leztere Testament so gelten, als wenn jene Erben ohne Nennung von einzelnen Sachen oder Theilen eingesezt wären [66]). Wenn dagegen ungewiß ist, welches von beiden Testamenten das frühere oder spätere sei, so würde zwar keines durch das andere abgeschaft sein, aber auch jedes dem andern im Wege stehn, und da es unmöglich ist, daß Jemand mit zwei Willen über seine Eine familia versterbe, so gilt keines von beiden [67]). Von diesem Falle spricht Ulpian in L. 19. pr. D. de testam.

---

scripserit et utrumque extet: ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est et supremum utrumque accipiemus. Jemand hat in zwei Urkunden in der einen A und B zur Hälfte, in der andern C und D auch zur Hälfte eingesezt, und läßt nun beide zu derselben Zeit von den Zeugen versiegeln und versieht sie mit den übrigen Solennitäten, so ist offenbar nur Ein Wille und nur eine einmalige Erklärung desselben vorhanden. Etwas verschieden davon ist der Fall, wenn Jemand mehre Orginalien, die jedes den ganzen Willen enthalten, vollzieht. Doch würde auch da unum testamentum in pluribus tabulis vorhanden sein. §. 13. I. de testam. ord. L. 24. D. qui testam. fac. L. 1. §. 5. D. de B. P. S. T. L. 3. §. 1. D. de tab. exhib. L. 47. D. de leg. 2. Glück's Pandecten Comm. Bd. 34. S. 475 — 79. Ganz verschieden von jenem Falle ist aber der, wenn Jemand zum Theil schriftlich, zum Theil mündlich testiren wollte. Diese beiden Arten schließen einander aus und folglich würde als Testament nur eines von beiden, oder wenn beide zusammen gelten sollten, keines von beiden gelten. Enthielte das eine blos Legate, so wäre es als Codicill zu nehmen. L. ult. D. de iur. codicill.

66) L. 12. §. 1. D. de iniust. rupt. §. 3. I. quib. mod. testam. infirm.

67) Mit Recht beruft man sich also hierfür auf das allgemeine Princip L. 188. pr. D. de R. I. Vbi pugnantia inter se in testamento iuberentur, neutrum ratum est; obgleich die Stelle nicht gerade unsern Fall betrift.

militis, zwar nur bei Gelegenheit einer Ausnahme, aber lehrreich genug:

> Quaerebatur, si miles, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae ualerent: quid iuris esset? Dicebam, militi licet plura testamenta facere: sed siue simul fecerit [68]), siue priuatim, utique ualebunt, si hoc specialiter expresserit: nec superius per inferius rumpetur: cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est, ex parte intestato decedere. Quin immo et si codicillos ante fecerat, poterit eos, per testamentum sequens cauendo in potestatem institutionis redigere et efficere directam institutionem, quae erat precaria.

Es heißt hier, der Soldat dürfe mehre Testamente machen, die sämtlich, wenn der Soldat dieses wolle, gültig seien, und als Grund dafür wird angeführt, daß er ja auch zum einen Theil testato und zum andern intestato versterben könne — ein offenbarer Beweis, daß die als Regel geltende Unzulässigkeit, mehre zusammen gültige Testamente zu hinterlassen, nur eine Folge der Regel nemo pro parte testatus etc. sei, oder genauer gesprochen, mit ihr auf demselben Grunde beruhe.

Nachdem nun der wahre Grund unserer Regel aufgezeigt ist, bedarf es nur eines abermaligen Bliks auf

68) Nemlich die plura testamenta, nicht plures codices, quibus unum testamentum continetur, wovon in L. 1. §. 6. D. de B. P. S. T. die Rede ist. Ulpian versteht also, wie auch die Glosse schon bemerkt, unter dem simul, wenn der Soldat in Einem Acte fort zuerst das eine, darauf das andere Testament macht, daher sich das folgende nec superius per inferius rumpetur auch auf den Fall der simul gemachten mehren Testamente bezieht. Mühlenbruch. Doct. Pandect. Tom. III. §. 780. not. 14. ed. tert. scheint die L. 19. pr. D. de testam. milit. und die Bedeutung von codices in L. 1. §. 6. cit. nicht berüksichtigt zu haben.

das Zwölftafelgesez: Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, proximus agnatus familiam habeto, um einzusehen, wie vollkommen richtig und unserer Regel entsprechend sich die Decemviren ausgedrükt haben, wie aber auch, wenn die Natur der testamentarischen Vererbung nicht schon an sich Untheilbarkeit mit sich brächte, blos aus diesem Geseze unsere Regel nicht würde hergeleitet werden können. Vergleichen wir ferner unser Resultat mit den objectiven Principien der Testaments- und Intestaterbfolge, welche vorhin dargelegt wurden, so zeigt sich nun mit voller Evidenz, daß nicht in einer Unvereinbarkeit jener Principien, sondern in der subjectiven Natur des Willens im Verhältnis zur Erbschaft der Grund unserer Regel liege. An sich würde nemlich, wie auch oben bemerkt wurde, in der Freiheit, auf welcher die Testamentserbfolge beruht, kein Grund liegen, weshalb sie mit der nothwendigen Erbfolge nicht sollte concurriren können; umgekehrt müssen wir behaupten, daß eben die Unendlichkeit der Freiheit dahin führen würde, daß der Erblasser zugleich die gesezliche Erbfolge für einen Theil wollen könne. Aber diese Freiheit steht, wie wir jezt sehn, noch unter einem Geseze; indem der freie Wollende selbst das Object seines Wollens ist, und dieses Object nicht Product, sondern Voraussezung seines freien Willens ist, fängt sich gleichsam die Freiheit in sich selbst, findet in sich selbst ihre Beschränkung und in dieser Beschränkung durch sich selbst, liegt der Grund unserer Regel.

Was nun noch übrig bleibt, ist: zuerst die wichtigsten Wirkungen unserer Regel und sodann die von ihr geltenden Ausnahmen zu erörtern. Beides wird dazu dienen, unsere Auseinandersezung noch mehr zu bestätigen. Was die Wirkungen betrift, so beschränken wir uns, eben weil es uns hier auf den wahren Grund unserer Regel ankommt, nicht blos auf die aus unserer Regel unmittelbar

herfließenden Wirkungen, sondern berüksichtigen ganz besonders auch diejenigen, welche mit ihr auf demselben Grunde beruhen.

Ein Ausfluß jener nothwendigen Untheilbarkeit der testamentarischen Erbesernennung ist es, daß wenn Jemand ein mündliches Testament macht, einige Erben bereits genannt hat, und nun im Begriffe, die übrigen noch zu nennen, vom Todeskampfe übereilt wird, das ganze Testament nicht gilt [69]). Denn es ist wie Eine Erbschaft, so auch Ein Wille, der in allen Erbeseinsezungen sich ausspricht, und wenn auch nur eine einzige noch zurük ist, gleichviel ob eine bedingte oder unbedingte, so ist die Selbstvererbung der familia nicht geschehn, weil sie nicht blos zum Theil geschehen kan. Magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, sagte mit Recht davon Servius Sulpicius. — Wenn dagegen der vererbende Wille vollständig ausgesprochen ist, es ist aber ein solcher Zusaz gemacht worden, welcher ihn auf einen Theil der familia beschränkt, z. B. Titius soll zur Hälfte oder in meinem Grundstük oder mit Ausnahme meines Grundstüks Erbe sein, so muß man umgekehrt sagen, daß unter jenen beiden sich widersprechenden Willen — dem vererbenden, welcher sich nothwendig auf die ganze Erbschaft bezieht, und dem hinzugefügten, der ihn auf einen

69) L. 25. D. qui testam. facere poss. — Widersprechend scheint, wie schon die Glosse bemerkt, L. 29. C. de testamentis, wonach der Erblasser die Namen der Erben selbst schreiben oder vor den Zeugen nennen, wenn dieses aber nicht geschehn ist, nicht das ganze Testament (außer wenn gar kein Erbe genannt wäre) ungültig, sondern nur der Erbe, den der Erblasser nicht mehr nennen konnte, wegfallen soll. Allein Justinian denkt hier nicht an den Fall, daß der Erblasser seinen Willen nicht ganz vollenden kan, sondern an den, daß er zwar seinen Willen vollständig erklärt, aber diese von ihm vorgeschriebene Solennität nicht überall angewandt hat. Meistens wird hier freilich Form und Materie so zusammenfallen, daß eine Scheidung schwer fällt.

Theil beschränkt — der leztere weichen müsse[70]); denn hier ist der vererbende Wille wirklich vorhanden, und das, was ihn wieder unmöglich machen würde, bloßer Zusaz, der eben als solcher den erstern voraussezt und ihm daher als der secundäre und schwächere nachstehn muß. Die Testamentserbfolge wird also hier eben so bei Kräften erhalten und das Widersprechende gestrichen, wie wenn eine unmögliche Bedingung[71]), oder eine falsche Bezeichnung des sonst kenntlichen Erben[72]) hinzugefügt, oder wenn der einzige eingesezte Erbe in demselben Testamente enterbt ist[73]). Aus dieser Darstellung geht hervor, daß die Neuern sehr unrecht thun, welche das Recht, wodurch ein einziger nur auf einen Theil eingesezter Erbe dennoch die ganze Erbschaft erhält, auf das ius accrescendi zurükführen. Denn das ius accrescendi sezt voraus, daß etwas an sich Gültiges vorhanden sei, dem accresciren könne; hier aber ist die Einsezung auf die Hälfte als solche ungültig; nicht zieht diese Hälfte die andere nach sich, sondern sie ist als nicht geschrieben zu betrachten, oder was dasselbe sagen will, sie ist gleichsam nur ein falscher Ausdruk für das Ganze[74]). Nur wenn zwei auf Theile, die das Ganze noch nicht erschöpfen, eingesezt sind, kan man sagen, daß ihnen der noch übrige Theil accrescire; denn hier besteht jede Einsezung durch die andere als eine theilweise, und diesen schon bestehenden Theilen kan nun auch das übrige zuwachsen[75]).

---

70) §. 5. I. de hered. instit. L. 1. §. 4. D. eod. L. 28. §. 4. D. de lib. et post. L. 41. in fin. D. de uulg. et pupill. substit. L. 33. 74. D. de hered. instit. In der leztern Stelle wird dieses schon als Meinung des Aquilus Gallus angeführt.

71) Mühlenbruch Doctr. Pand. Tom. III. §. 648.

72) Mühlenbruch l. c. §. 645. not. 3.

73) L. 17. §. 2. D. de testam. milit. L. 1. §. 4. D. de his quae in testam. delent.

74) §. 5. I. cit. sagt: totus as in semisse erit.

75) So heißt es auch in L. 13. §. 3. D. de hered. instit. Si alter ex quadrante alter ex semisse heredes scripti sunt,

Gewissermaßen im umgekehrten Falle finden wir unsere Regel angewandt, wenn es heißt, daß in einem Testamente, welches durch die querela inofficiosi testamenti zum Theil umgestoßen ist, eine Pupillarsubstitution vollständig bei Kräften bleibt [76]). Als eine testamentarische Vererbung kan sie nemlich eben so wenig pro parte aufgehoben werden, wie sie von Anfange an nicht pro parte eintreten kan.

Auch das ius accrescendi, insofern dadurch die Intestaterben ausgeschlossen werden, beruht auf dieser untheilbaren Natur der sich selbst vererbenden familia [77]). Wenn der Erblasser z. B. drei eingesezt hat, A zu ½, B zu ¼ und C zu ¼, und C wird nicht Erbe, so erstrekte sich die Einsezung des A auf ½ und die des B auf ¼ von selbst auch auf das ausgefallene Viertheil. Daher denn auch das ius accrescendi eben so wenig, wie die Anwendung unserer Regel, vom Testator verboten werden kan. Daß dagegen das ius accrescendi überhaupt gilt, sowohl bei der Intestat- als bei der Testamentserbfolge und ohne Rüksicht auf den Willen des Erben, mithin auch objectiv mit Nothwendigkeit eintritt, dieses beruht nicht auf unserer Regel, sondern auf der objectiv untheilbaren Natur der Erbschaft als der familia defuncti, auf welche unsere Regel ebenfalls ihrer einen Seite nach gestüzt ist. Denn aus dieser geht hervor, daß jeder in die Erbschaft sich legende Wille sie nehmen muß, wie sie ist und sie daher auch nur als eine untheilbare Einheit vererben oder annehmen kan.

---

qui accedit quadrans pro partibus hereditariis iis accrescit.

76) L. 8. §. 5. D. de inoffic. testam. Ebenso bleibt auch die gleichfals untheilbare Exheredation völlig gültig. L. 12. §. 4. D. de bon. libert.

77) L. 37. D. de testam. milit.

Curiositäts halber könnte man fragen: warum es denn nicht eine ähnliche Regel wie die unsrige für das Verhälnis der Intestaterbfolge zu dem, was hinter ihr liegt, d. h. der Erblosigkeit und dem uindicare bona uacantia gibt? Aber die Antwort liegt schon in der Frage; eben weil die Intestaterbfolge der äusserste Delationsgrund der Erbschaft ist, kan bei ihr nicht mehr von der Ausschließlichkeit des gesezlichen, sie deferirenden Willens die Rede sein. Es bleibt mithin für sie blos die aus der objectiven Natur der Erbschaft sich ergebende Regel, daß auch die Intestaterbfolge nicht blos pro parte statt finden kan, und diese ist durch das ius accrescendi hinlänglich ausgedrükt. Noch weniger kan der andern für die Testamentserbfolge vorhin aufgestellten Regel: nemo pluribus testamentis pro partibus relictis decedere potest, etwas Aehnliches bei der Intestaterbfolge entgegen treten. Denn wenn mehre Geseze eine Erbschaft theilweise deferiren, z. B. nach dem einen soll alles Vermögen an Verwandte jeder Art, nach dem andern das väterliche Vermögen an die väterlichen Verwandten fallen, so ist dieses immer nur scheinbar. Denn im Grunde ist das ganze Recht nur Ein Wille und in jenem Falle eben so gut, als wenn Ein Gesez die allgemeine Vorschrift und die specielle wegen des väterlichen Guts ausgesprochen hätte.

Ein Fall läßt sich aber denken, wo gewissermaßen die Intestaterbfolge der Testamentserbfolge noch vorgeht und folglich noch einen andern Delationsgrund hinter sich hat. Dieses ist der Fall der hinterlassenen sui heredes, der jezt, soweit er unser Princip betrift, noch einer genauern Betrachtung unterworfen werden soll.

Wenn Jemand Descendenten hinterläßt, welche durch seinen Tod in seiner familia sui iuris werden, so sind diese nach der Natur der familia sui heredes, d. h. sie beerben in diesem Vermögen gleichsam sich selbst. Denn

vermöge ihrer Personeneinheit mit dem Erblasser sind sie gewissermaßen schon bei seinen Lebzeiten in ihm Eigenthümer des Vermögens, und der Tod des Erblassers bewirkt nur, daß dieses ihr Recht, welches bis dahin noch in des Erblassers potestas oder manus verborgen lag, frei hervortritt. Der Ausdruk sui heredes bezeichnet daher vollständig ihr Verhältnis. Denn heredes (nicht heri) sind sie, weil doch bis dahin noch nicht sie selbst, sondern ihr Vater Herr des Vermögens war, und sie es erst jezt werden; aber sie sind auch sui heredes, weil man nicht behaupten kan, daß sie durch irgend etwas außer ihnen Liegendes zur Erbschaft gelangen, sondern sie in sich selbst, durch ihre bloße Existenz, die Erbschaft haben und finden. Daher beruht denn auch das Erbrecht der sui heredes als solches eigentlich auf gar keinem deferirenden Willen, nicht auf dem des Testators, wie sich von selbst versteht, eben so wenig aber auf dem des Gesezes, welches, die Natur dieses Verhältnisses richtig auffassend, nur sagte: wenn Jemand ohne Testament sterbe, der keinen suus heres habe, so sollte der nächste Agnat Erbe sein — *also* stillschweigend dieses Erbrecht als dem, welches auf einem Willen beruht, vorausgehend betrachtete. Um so mehr fragt es sich nun aber, wie der zur Erbschaft berechtigende Wille zu diesem natürlichen Erbrecht sich verhalte? Völlig einflußlos auf dasselbe kan er nicht sein, weil einerseits der suus eine vom Erblasser verschiedene Person ist, die erst nach ihm Eigenthümer des Vermögens werden soll und also der Wille in ihm ein von dem Erblasser geschiedenes Object vor sich hat, anderseits die schon an sich vorhandene Berechtigung kein Grund sein kan, daß sie durch jene beiden Delationsarten nicht auch noch gewollt werden sollte. Allerdings aber muß die Art dieses Wollens durch jene Natur der schon an sich vorhandenen Berechtigung eigenthümlich bestimmt werden.

Hinsichtlich der gesezlichen Erbfolge nun werden wir auf diese Art schon durch jenen Ausdruk der zwölf Tafeln [78]) hingewiesen. Wenn nehmlich der civil=gesezliche Wille mit jenem naturgesezlichen Erbrechte übereinstimmt, d. h. das Gesez auch den suus zum Erben machen will (und davon kan bei der Intestaterbfolge, die keine Enterbung zuläßt, allein die Rede sein) [79]), so kan es nicht sowohl den suus heres erst berechtigen und zur Erbschaft berufen, als nur sein durch Naturgesez schon vorhandenes Erbrecht als ein solches erwähnen und dadurch anerkennen [80]). Anders aber mit dem testamentarischen Willen. Mit diesem d. h. mit dem Erblasser, bildet der suus heres eine lebendige Personeneinheit, die durch Zeugung oder Adoption, mithin nicht ohne Willen entsteht und nachher in dem Rechte der väterlichen Gewalt, mithin nur durch Willen besteht. Daraus folgt, daß wenn der Vater

78) Si intestatus moritur, cui suus heres nec esit, proximus agnatus familiam naucitor. Zur Verdeutlichung der Sache bemerken wir noch Folgendes: Die Zeugung, auf welcher das Recht der sui heredes beruht, macht gleichsam den Uebergang von der Natur zum Willen. Die reine Natur liegt in der persönlichen Existenz und Vermögensberechtigung des Vaters, die gänzlich von seinem Willen unabhängig ist; der reine Wille liegt im Verhältnis eines extraneus heres, der von Natur in keiner Weise Eigenthümer jenes Vermögens ist, sondern nur durch die Erbeseinsezung dazu berufen wird. Die Zeugung aber ist theils ein natürliches Verhältnis, mit dem Vater selbst schon gegeben, theils beruht sie auf seinem Willen, ohne welchen auch die Zeugung nicht geschieht. Demzufolge kan das Gesez zwar den suus heres nicht erst zur Erbschaft berechtigen (dieses verbietet die Naturseite der Zeugung), aber es muß doch seiner bedingt erwähnen, wo es zu der Erbschaft berechtigt, dieses verlangt die Willensseite der Zeugung.

79) Eine Enterbung durch das Gesez ließe sich zwar an sich auch denken, aber sie ist der blos nothwendigen, die ethische Würdigung von sich weisenden Natur der gesezlichen Erbfolge zuwider. Dagegen liegt sie recht eigentlich in der Natur der testamentarischen Erbfolge, welche diese ethische Richtung zum eigenthümlichen Princip hat.

80) Eben so bestätigt das ius ciuile das ius gentium nicht ausdrüklich, erkennt es aber damit an, daß es dasselbe nicht abändert. — Beides enthält ja Geseze (im allgemeinen Sinne) und somit Gleichartiges.

über seine zu hinterlassende familia überhaupt will d. h. testirt, auch die sui und ihr Recht in die Sphäre des Wollens aufgenommen zu betrachten sind, gleichwie im Falle der gesezlichen Erbfolge in die Sphäre des todten Gesezeswillens. Daher wenn der Vater den suus heres zum Erben machen will, dieses nicht blos durch mittelbares Anerkennen, sondern nur durch ausdrüklichen befehlenden Willen geschehen kan und zwar einen solchen, in welchem auch die väterliche Gewalt besteht [81]). Wenn er ihn aber nicht zum Erben machen will, so kan er dieses zwar gleichfalls, weil ja die väterliche Gewalt nicht blos das ius uitae, sondern auch das ius necis mit sich bringt, welches das Recht der Ausschließung von der vermögensrechtlichen familia jedenfalls mit enthält [82]); er muß dieses dann aber ebenfalls nur der Natur der väterlichen Gewalt gemäß, mithin unbedingt und befehlend und so, daß er ihn als Sohn enterbt, thun [83]). Mag also der väterliche Wille über das natürliche Recht des suus heres ein

81) Daher der Sohn nicht unter einer Bedingung eingesezt werden kan; denn man kan nicht bedingt einen Sohn haben; außer unter einer Potestativbedingung, denn diese ist nicht sowohl eine Bedingung als ein Befehl an den Sohn, den dieser als filius familias erfüllen muß, wenn er überhaupt als solcher, mithin als suus heres gelten will. Weil nun aber dieser Befehl nicht die Natur einer Bedingung hat, so kan auch eine conditio impossibilis nicht als eine unmögliche Bedingung, sondern nur als ein der patria potestas zuwiderlaufender Befehl betrachtet werden, und da nun der Sohn nicht als solcher eingesezt ist, so ist die Einsezung nichtig (während sonst die Bedingung für nicht geschrieben gilt) L. 4. 5. 6. pr. L. 86. D. de hered. instit. L. 15. D. de conditt. institutt.

82) Wie auch Paulus L. 11. in fin. D. de lib. et post. bemerkt.

83) Daraus erklären sich alle Vorschriften über die Exheredation der Söhne. Die Enterbung muß unbedingt geschehn (denn man kan auch nicht einen Sohn unter einer Bedingung nicht haben) L. 3. §. 1. D. de lib. et post Auch nicht post mortem filii, weil man da nicht mehr väterliche Gewalt über ihn hat. L. 13. §. 2. eod. L. 4. §. 2. D. de hered. instit. Auch nicht mit der Bezeichnung, daß er nicht Sohn des Testators sei. L. 14. §. 2. D. de lib. et postum.

privativer oder cumulativer sein, jedenfalls widerstrebt das natürliche Recht dem Willen nicht, es ist nur sein tieferer Grund (wie allem Bewußten ein tieferes Unbewußtes zum Grunde liegt) und wird durch ihn eben so zum testamentarischen Rechte gemacht, wie das Civilgesez es zu einer legitima hereditas stempelt.

Nun ist ein dreifacher Fall denkbar: Erbeseinsezung, Exheredation und Präterition. Wenn der Erblasser den suus heres zum Erben einsezt, so gilt ganz das gewöhnliche Recht, indem hier gar keine Collision des väterlichen Willens mit dem natürlichen Erbrechte des suus heres eintritt. Er kan ihn also sowohl zum alleinigen Erben ernennen, als ihn mit Andern zu irgend einem Theile einsezen; denn auch im leztern Falle würde das volle Erbrecht des Kindes als solchen zum testamentarischen erhoben sein, da es bei dem stets untheilbaren Erbewerden (familia) überhaupt nicht auf Theile der hereditas ankommen kan. Würde aber das Kind allein und zu einem Theile eingesezt, so würde dieser Zusaz wie gewöhnlich gestrichen werden [84]). Wenn dagegen der Vater exheredirt oder präterirt, so tritt eine Collision zwischen dem väterlichen Willen und dem natürlichen Erbrechte des suus ein und es fragt sich nun, wie das leztere gegen das erstere wirke. Um darin zu deutlicher Einsicht zu kommen, müssen wir erst jenes natürliche Erbrecht hinsichtlich der verschiedenen Personen der Kinder, näher betrachten, wo sich ein großer Unterschied zwischen dem Sohne einerseits und der Tochter (= uxor in manu) und dem Enkel u. s. w. andrerseits zeigt. Der Sohn gehört nehmlich wesentlich zu

84) L. 28. §. 4. D. de lib. et post.
Quid autem, si filium post testamentum natum ex besse, filiam autem post testamentum natam ex triente scripsit heredem, nec ullum coheredem dedit, nec substituit inuicem alium? (vielleicht: alii alium? statt alteri alterum). Vnus natus solus ex testamento fit heres.

der Dreieinheit, aus welcher die familia besteht, wie sich auch in dem Namen filiusfamilias zu erkennen gibt [85]): er ist das vollkommne Ebenbild des Vaters, der gleichwie dieser das vorhergehende, eben so das nachfolgende Gattungsglied begründet; er hat daher auch eben so unmittelbaren und vollen Anspruch auf das Familienvermögen nach des Vaters Tode, wie dieser es bei seinen Lebzeiten hat. Sowohl Tochter als Enkel dagegen gehören nicht absolut und vollständig zur familia; die Tochter nicht, obgleich sie auch filiafamilias heißt, weil sie das Kindesverhältnis nicht vollkommen ursprünglich und eigenthümlich, sondern blos secundär als geschlechtlich-mindere Abzweigung des filiusfamilias in sich enthält, und ebendeshalb nicht in dem Gattungsgliede des Vaters als Kind,

85) Pater-mater-filiusfamilias, das mittlere Wort im ältern Sinne genommen. Bekant ist jezt die Stelle aus dem Gesezbuche des Manu IX. 45. "der vollkommne Mann besteht aus sich selbst, seinem Weibe und seinem Sohne". Hasse's Güterrecht der Ehegatten S. 19. not. Weit vollständiger und tiefer hat aber das Röm. Recht diese Naturwahrheit aufgefaßt und angewandt. — Beiläufig sei hier die Vermuthung geäußert, daß die ältere Röm. Sprache außer der Wortfügung pater (mater, filius) familias oder familiae, wo das leztere Wort Genitiv ist, auch die andere gewiß ursprünglichere kannte, pater familia, patris familiae, patrem familiam u. s. w. ähnlich wie ususfructus (patres conscripti). Ich schließe dieses aus der Stelle bei Cic. in Verr. 3, 79. wo Itaque ex his scribis, qui digni sunt illo ordine, patribus familiis, uiris bonis atque honestis etc. die richtige Lesart ist; vgl. Zumpt zu d. St. p. 608. seq. Priscian (p. 689. ed. Putsch.), der dieses nicht einsah, ließ sich durch jene Stelle zu der Behauptung verleiten, die Alten hätten auch patres familiis gesagt, welches ohne alle Analogie ist; patres familiarum würde auch angehn, ist auch beglaubigt und macht gleichsam den Uebergang von der alten flüßigern zu der spätern erstarrten Form patresfamilias. — Das Interessante jener alten Redeweise besteht nun aber darin, daß sie recht deutlich ausdrükt, daß jeder von den dreien pater, mater, filius, die familia ganz darstellt, und jene Ausdrüke nur die individuell verschiedenen Situationen, in welche das Generische der familia ausstrahlt, bezeichnen. Eben daher konnten auch die zwölf Tafeln familia schlechthin für eine einzelne Person und zwar statt des spätern paterfamilias sezen, weil der Vater vorzugsweise die familia ist. L. 195. §. 1. D. de V. S.

sondern vielmehr als materfamilias in dem Hause ihres zukünftigen Ehemanns ihre wahre Bedeutung hat; der Enkel nicht, weil er gar nicht mehr eine von jenen drei Positionen (Vater, Mutter, Kind) in der Familie des Gewalthabers einnimt, (daher auch nicht neposfamilias) sondern vielmehr zu der Dreieinheit seines Vaters als Sohn gehört und naturgemäß erst durch den Tod des Großvaters in der Familie seines Vaters als filiusfamilias seine wesentliche Gattungsbedeutung erhalten wird. Wir können daher sagen, daß nur der filiusfamilias generisch oder dreieinheitlich (so daß er das ganze Gattungsglied, den Vater, die Mutter und sich selbst als familia mit bedingt) dieselbe familia habe, die filiafamilias und der Enkel dagegen schon dem Rechte eines Andern, des Ehemanns und des Vaters, zuneigen, und zur familia des Vaters oder Großvaters nur überflüssig und blos als diese Einzelne gehören. Und hieraus erläutern sich alle Verschiedenheiten, welche das älteste Recht zwischen beiden annimt [86]; z. B. daß der filiusfam. erst durch eine dreimalige Mancipation vom Vater frei wird (denn da in ihm außer dem filialen auch das Vater- und Mutterverhältnis mitliegt, so bedarf es gleichsam dreier Stöße, um ihn von der familia frei zu machen), wogegen bei Tochter und Enkel eine einmalige genügt (denn in ihnen ist nur ihre individuelle Angehörigkeit aufzuheben); daß der Sohn der ausdrüklichen Einwilligung (iussum) des Vaters zur Ehe bedarf (denn in ihm ist noch der volle positive Wille des Vaters, wie dieser in seiner eigenen Person will), die Tochter dagegen schon, wenn der Vater nicht dissentirt,

86) Justinian's Einsicht macht es keine Ehre, wenn er in L. 4. C. de lib. praeterit. den größten Theil dieser Verschiedenheit absolut ein maximum uitium antiquae subtilitatis nennt und nachher gar sagt: Qui enim tales differentias inducunt, quasi accusatores existunt, cur non totos masculos generauit, ut unde generentur, non fiant.

heiraten kan (denn in ihr ist materiell und positiv viel mehr der Wille dessen, bei dem sie materfamilias sein soll [87]); daß endlich der Sohn nur mit einer conditio potestatiua, Tochter und Enkel auch unter jeder andern Bedingung gültig eingesezt werden [88]); denn im Sohne ist der vollkommene rigide Wille des Vaters, der ihn eigentlich auch nur unbedingt zum Erben einsezen kan, wovon die Potestativbedingung nur deshalb eine Ausnahme macht, weil diese selbst nicht eigentlich eine Bedingung, sondern ein in dem Vaterverhältnis selbst wieder liegender Befehl ist; Tochter und Enkel dagegen stehn nicht mehr absolut und unbedingt im Willen des Vaters, so daß hier auch ein negativer Wille (non nolle) schon hinreicht.

Eben dieses leztere aber auf die Enterbung angewandt, die ja nur eine Umkehr des das Erbrecht der sui anerkennenden Willens ist, so folgt von selbst auch der Unterschied, daß Söhne ausdrüklich enterbt werden müssen, bei Töchtern und Enkeln schon eine exheredatio inter ceteros hinreicht, vorausgesezt nur, daß der Vater an die Tochter oder den Enkel gedacht hat [89]). — Wenn nun der Vater schlechthin d. h. ohne Beschränkung auf einen

---

87) L. 7. §. 1. D. de sponsal. pr. I. de nuptiis (wo dieser Unterschied auf die naturalis et ciuilis ratio zurükgeführt wird). L. 25. C. de nuptiis (L. 5. C. eod., ein Rescript, beruht schon auf neuerm die Ehen begünstigenden Rechte. Ebenso Fragm. Vatic. §. 102). Ohne Grund scheint Schrader zu pr. I. cit. den Unterschied auf den der strengen und laxen Ehe zurükzuführen. Mit Recht bemerkt aber derselbe (was man gewöhnlich übersieht) daß für den Enkel dasselbe Recht, wie für die Tochter gelte L. 16. §. 1. D. de rit. nupt. was auch aus unserer Herleitung von selbst folgt.

88) L. 4. pr. L. 6. §. 1. D. de hered. instit. Auffallend, daß dieser Unterschied so oft übersehn wird, selbst von Mühlenbruch Doctr. P. §. 665. in fin.

89) Denn sonst ist jene Enterbung nicht ein negativer, sondern gar kein Wille über ihr Erbrecht. Gai. 2, 127. 132. 134. Vlp. 22, 18. 21. §. 1. I. de exhered. lib. mit Schrader's Citaten. Eben so muß bei der Verheiratung der Tochter der Vater, welcher nicht dissentirt, wenigstens um die Ehe wissen. L. 11. D. de stat. dom. L. 1. §. 5. D. de lib. exhib. L. 13. §. 6. D. ad L. Iul. de adult.

gewissen Theil der Erbschaft enterbt; so ist die Enterbung ohne Zweifel gültig, gleichwie die umgekehrte Erbeseinsezung: denn das natürliche Erbrecht ist in beiden Fällen vollständig in den testamentarischen Willen aufgenommen. Wie aber, wenn er excepto fundo, oder pro parte tertia, oder, was dasselbe ist, blos von einem der eingesezten Miterben den suus heres enterbt hat? Alsdann sind offenbar auch zwei widersprechende Willen vorhanden: daß er enterbt sein soll, was sich nach der Natur der Erbfolge und des testamentarischen Willens nur auf das ganze Vermögen beziehen kan, und daß die Enterbung doch nur für jenen Theil, folglich nicht gelten soll. Auf den ersten Blik möchte man nun auch wieder annehmen, daß das excepto fundo, pro parte tertia u. s. w. als nichtiger Zusaz zu streichen und folglich die Exheredation für gültig zu halten sei. Allein die Römer erklären umgekehrt die Enterbung für ungültig aus dem Grunde: aliam causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuuandas [90]. Und in der That folgt dieses aus der Natur des Privativen, welches als etwas Negatives auch nicht ursprünglich ist und vollständigere Erfordernisse zur Ueberwindung des Positiven bedarf, als das Positive, welches gleichsam schon an sich ursprünglich vorhanden ist und nur anerkant wird. Wenn also der suus seines natürlichen Erbrechts nicht vollständig beraubt wird, so ist dasselbe auch in den testamentarischen Willen nicht vollständig aufgenommen, mithin die Enterbung nichtig. Jedenfalls ergibt aber jene Unmöglichkeit einer partiellen Enterbung auch wieder eine Anwendung unserer Regel, daß der testamentarische Wille über die Beerbung — gleichviel ob er gebend oder entziehend ist —

---

90) L. 19. D. de lib. et post. — Vgl. L. 3. §. 2. D. eod. L. 8. §. 3. D. de C. T. B. P.

nur für die ganze Erbschaft eintreten kan [91]). Für die Unverträglichkeit des natürlichen Erbrechts mit dem testamentarischen liegt dagegen in jenem Falle kein Beleg, weil er uns nur zeigt, daß die Enterbung nicht gültig ist, nicht auch die Frage beantwortet, was nun aus dem natürlichen Erbrechte im Verhältnis zu dem eingesezten Erben werde.

Diese Frage, welches die von den Wirkungen der Präterition ist, knüpft sich aber unmittelbar an jene an, indem, wer, ohne zum Erben eingesezt zu sein, auch nicht gültig exheredirt ist, für präterirt gilt. Hier tritt nun wieder jener wichtige Unterschied zwischen Sohn und übrigen Kindern hervor. Ist der Sohn nicht ausdrüklich in den testamentarischen Willen aufgenommen, so gilt dieser überhaupt nicht. Denn einerseits fordert das Verhältnis des Sohnes, wie oben gezeigt, einen directen, ausdrüklichen Willen; daher er nicht als stillschweigend eingesezt gelten kan; anderseits ist der Sohn so sehr das volle Ebenbild des Vaters, und enthält eben die familia, welche jener vererbt, in sich, daß der Vater im Sohn gleichsam fortlebt; so wenig also, so lange der Vater lebt, an eine Erbschaft zu denken ist, eben so wenig auch nach dem Tode des Vaters, welcher einen präterirten Sohn hinterläßt, und folglich ist die familia ungültig vererbt — filius scriptis heredibus impedimento est, sagen die Römer [92]). Wenn

---

91) Daher müßte man auch in dem Falle, wenn der Erblasser den einen Sohn zur Hälfte einsezt, den andern von seiner Hälfte enterbt, die Enterbung für nichtig halten. Anders wäre es wohl mit der Enterbung: meine beiden Kinder sollen jedes von seiner Hälfte enterbt, Titius soll Erbe sein. Denn hier hat er beide Kinder von der ganzen Erbschaft enterbt und die hinzugefügte Theilung betrift nur eine Folge ihrer Concurrenz zu dem Erbrechte.

92) Die Proculejaner glaubten, daß erst, wenn der Sohn den Vater überlebe, die Nichtigkeit des Testaments entschieden sei, was nach obiger Deduction vielen Schein hat. Allein mit Recht nehmen die Sabinianer Ungültigkeit von Anfang an: quia statim ab initio non constiterit institutio; denn der Sohn ist schon jezt vorhanden,

dagegen eine Tochter oder ein Enkel übergangen ist, so kan man nach dem eben Bemerkten weder behaupten, daß sie nicht als stillschweigend eingesezt, noch daß durch ihre Existenz der Vater auch nach seinem Tode noch als schlechthin fortlebend und folglich die Familie als nicht vererbt zu betrachten sei. Vielmehr liegt darin, daß der Vater überhaupt seine familia vererbt (womit er auch das Erbrecht der sui in die Sphäre seines Wollens erhebt) und daß er dabei die sui nicht ausschließt, eine stillschweigende Anerkennung ihres Erbrechts, die, wie vorhin gezeigt, bei dieser Art von sui vollkommen hinreichend ist. Da ihnen aber kein bestimmter Theil zugewiesen ist, so muß dieser, wie in andern Fällen unbestimmter Einsezungen durch Interpretation aus der Natur des Verhältnisses, welches der stillschweigende Wille des Testators zugleich mit anerkant hat, ausgemittelt werden, und wir sagen daher, daß wenn fremde Erben eingesezt sind, durch die Concurrenz des ausdrüklichen Willens, der jene beruft, mit dem stillschweigenden, wodurch das natürliche Erbrecht der sui belassen wird, Hälften entstehn; wenn dagegen andere sui eingesezt sind, die Concurrenz Gleichberechtigter (denn den Eingesezten kan die ausdrükliche Ernennung ihr ursprünglich natürliches Erbrecht, welches sie nur anerkent, nicht nehmen) die übergangenen sui auf Kopftheile beschränkt. Bekantlich haben nun auch die Röm. Juristen von jeher die Sache so angesehn und jenes stillschweigende Erbwerden von Tochter und Enkel mit dem glüklichen Ausdruk pro dimidia, pro uirili parte, accrescere, accrescendo (iure accrescendi) heredem fieri bezeichnet [93]).

---

und steht schon jezt der Berufung, wie nach dem Tode der Acquisition der eingesezten Erben entgegen, um so mehr, da nach dem Laufe der Natur das Ueberleben des Sohnes als Regel angenommen werden muß. Gai. 2, 123. Vlp. 22, 16. pr. I. de exhered. liber. mit Schrader's Citaten.

93) Gai. 2, 124. Ulp. 22, 17. Paull. S. R. III. 4. Bd.

Sehen wir nun auf diese ganze Ausführung zurük und erinnern uns der Frage, deren Beantwortung uns zu ihr veranlaßte, nemlich: ob nicht wenigstens in dem Falle, wo die Intestaterbfolge der testamentarischen gleichsam vorausgeht, eine ähnliche Ausschließlichkeit der Intestaterbfolge gegen die Testamentserbfolge sich nachweisen lasse, wie sie unsere Regel für den umgekehrten Fall ausspricht; so hat sich zwar ergeben, daß auch das stillschweigende Recht der sui als Intestaterbrecht mit dem Testamentserbrecht der eingesezten Erben zu Theilen concurriren kan; denn auch die übergangene Tochter und Enkel sind Testamentserben — eodem momento et testamentum patris quodammodo ex parte iure accrescendi euertit et ipsa (filia) quasi scripta legatis supponitur, sagt Justinian[94]) — und der übergangene Sohn schließt die Testamentserbfolge überhaupt aus. Aber der Grund davon liegt nicht in einer Ausschließlichkeit des gesezlichen Willens, der das Erbrecht der sui anerkent, gegen den testamentarischen Willen, sondern in der Natur des Verhältnisses der sui selbst und hier findet sich allerdings eine ähnliche Ausschließlichkeit, wie beim testamentarischen Willen. Es kan hier nur vom Sohne die Rede sein, bei welchem allein ein Kampf gegen das Testament statt findet, während Tochter und Enkel immer, außer dem Falle der Enterbung, testamentarisch succediren. Wenn wir nun beim übergangenen Sohne fra-

---

§. 8. Nou. Leon. et Maior. tit. 8. Lex Rom. Burg. tit. 45. L. 4. C. de lib. praeterit. §. 1. I. de exhered. lib. ibique Theophil. Wegen des Ausdruks accrescere denke man an die Definition der Alluvion est incrementum latens. So wie durch sie der Acker unbemerkt vergrößert wird, so hier die Zahl der von dem Erblasser gewollten Erben.

94) L. 4. C. cit. welche auch bezeugt, daß Tochter und Enkel auf die quarta Falcidia Anspruch hatten. Bei Harmenopul. Prompt. iur. civ. V, 5. §. 10. der diesen Saz sinnlos genug als praktisches Recht aufführt, erscheint er freilich auch als Fall einer theilweisen Ruption des Testaments.

gen, warum denn die eingesezten Erben nicht wenigstens mit jenem zusammen succediren, da sie doch auch zur Erbschaft berufen sind, so kan nur erwidert werden: weil die Persönlichkeit des Sohns vermöge seines natürlichen Rechts in der familia des Vaters, die er zugleich ist und bekomt, sich eben so subobjectivirt und in ihr untheilbar ist, wie der Wille des Testators, und diesem Willen des Testators eben so ausschließend vorhergeht, wie die Testamentserbfolge der gesezlichen, so daß auch hier keine Theilung möglich ist. Dieses jedoch mit einer der unsrigen ähnlichen Rechtsregel zu bezeichnen, wäre unpassend gewesen, da es der Saz: testamentum filio quem quis in potestate habet, praeterito factum inutile est viel besser ausdrükt.

Wir haben also nun zwei entsprechende Fundamentalsäze gewonnen:

das natürliche Erbrecht des filius suus praeteritus ist gegen die Testamentserbfolge,

und: die Testamentserbfolge ist gegen die Intestaterbfolge ausschließlich.

Von besonderem Interesse ist dieses Ergebnis für das Recht der B. P. Es erklärt sich daraus, warum der Prätor drei Hauptclassen der B. P. machte, contra tabulas, secundum tabulas und ab intestato, warum die erste darunter wesentlich von der lezten verschieden, und jede von ihnen gegen die folgende so ausschließlich gilt, daß niemals die eine mit der andern zum Theil concurriren kan. Der Prätor folgt nemlich hierin blos dem Civilrecht, welches dieselben beiden Abstufungen anerkennt. So wie in diesem der Sohn die Testamentserben völlig ausschließt und selbst eingesezte sui mit ihm zusammen ab intestato erben, so wird auch das Edict der C. T. B. P. durch Uebergehung eines Kindes für alle, selbst die eingesezten committirt, so daß auch diese B. P. mit der S. T. B. P. nie concurriren

kan [95]), und so wie nach Civilrecht neben dem heres ex testamento nicht auch ein heres ab intestate pro parte eintreten kan, so schließt auch die S. T. B. P. die B. P. ab intestato aus [96]). Nur darin weicht der Prätor vom Civilrecht ab, daß 1. bei ihm die C. T. B. P. von der ab intestato getrennt ist, während nach Civilrecht das natürliche Erbrecht des übergangenen Sohnes auch in der Form des Intestaterbrechts auftritt. Aber diese Abweichung dient gerade dazu, unsere Behauptung zu bestätigen, daß wenn der übergangene Sohn die eingesezten Erben völlig ausschließt, dieses nicht auf der Natur des Intestaterbrechts, sondern auf der eigenthümlichen Natur des Rechtes, welches der Sohn als solcher hat, beruht. Denn wäre das erstere, so würde der Prätor, der überall das Materielle heraushebt, die C. T. B. P. nicht von der ab intestato als eine besondere B. P. geschieden haben; indem er dieses thut, bezeugt er, daß umgekehrt das Recht der sui von der Intestaterbfolge wesentlich verschieden sei [97]). 2. Eine andere Abweichung liegt darin, daß der Prätor, auch wenn Töchter und Enkel übergangen sind, ihnen die C. T. B. P. gibt, während sie nach Civilrecht aus dem Testament iure accrescendi erbten [98]). Die Nothwendigkeit dieser Abwei-

95) L. 3. §. 11. L. 10. §. 6. L. 16. pr. D. de C. P. B. P. — L. 4. §. 3. L. 5. D. eod. L. 84. D. de acquir. uel omitt. hered. — Von der contra tabulas und contra suos non naturales B. P. des Patrons später.

96) Vgl. L. 1. pr. §. 2. L. 3. D. si tabulae testam. nullae exst.

97) Aus eben dieser völligen Verschiedenheit des Rechts contra tabulas von dem ab intestato erklärt sich L. 2. D. Si tab. testam. nullae exst., wonach, wenn ein emancipatus die C. T. B. P. versäumt hat, die heredes scripti antreten, und er agnoscirt nun die B. P. ab intestato, diese b. p. sine re ist, während die C. T. B. P. cum re gewesen sein würde.

98) Gai. 2. 125. Erst Pius änderte dieses, aber nur für die Töchter (Voconiana ratione), welche in Zukunft auch durch die C. T. B. P. nur die Hälfte den eingesezten Erben entziehn sollten. Gai. 2. 126. L. 4. C. de lib. praeter. Theophil. II. 13. §. 3.

chung ergab sich ihm von selbst, sobald er seine B. P., wie er es that, dem emancipatus eben so gut wie dem suus ertheilte. Denn indem er damit von dem strengen Begrif der familia abstrahirte, nach welchem allein der Gegensaz von Sohn und übrigen Kindern Bedeutung hat, kam er auf den natürlichen der liberi, und in diesem stehn sich Enkel, Sohn und Tochter ganz gleich. Ebendaher verlangte er auch 3. für den Enkel und weitere Kinder männlichen Geschlechts ausdrükliche Enterbung, die das Civilrecht nur für den Sohn vorgeschrieben hatte, und wenn er hier für die Kinder weiblichen Geschlechts auch die exheredatio inter ceteros mit dem Civilrecht noch für hinlänglich ansah, so hatte dieses nur in der zur Zeit des Ursprunges dieses Edicts grundsäzlichen Zurücksezung der Weiber in Erbschaften seinen Grund [99]. Endlich 4. hängt mit derselben Herabsezung dieser Erbfolge auf ihr blos natürliches Element zusammen, daß der Prätor contra tabulas bonorum possessione petita den Kindern und Eltern des Testators, desgleichen der Ehefrau und Schwiegertochter dotis nomine alle zu ihren Gunsten getroffenen Dispositionen bis zu einem Kopftheile erhält. Auf den ersten Blik möchte es scheinen, als wenn der Prätor hier das Princip des Civilrechts überhaupt verließe, zumal in dem Falle, wenn Eltern oder Kinder, die die C. T. B. P. nicht verlangen können, zu Erben eingesezt sind und ihnen nun ihre Erbeseinsezung erhalten wird [100]. Aber bei genauerer Betrachtung verschwindet dieser Schein, denn die ganze Erbfolge ist und bleibt doch durchgängig contra ta-

99) Gai. 2, 135. Vlp. 22. 23. §. 3. I. de exhered. liber.

100) Das hat auch wohl Ulpian im Auge, wenn er sagt L. 1. pr. D. de legat. praestand. C. T. B. P. petit. Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid nouam, ut qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent.

bulas; der Prätor nimt nur in diese Erbfolge das Princip auf, daß mit den liberis suis et emancipatis als gleichberechtigt alle Descendenten und Ascendenten anzusehn sind, wenn und insoweit sie den natürlichen Willen für sich haben. In der That erhalten sie also nichts secundum tabulas d. h. aus dem Willen des Verstorbenen; sondern dieser Wille des Verstorbenen bildet nur eines der beiden Erforderniße dazu, daß sie dasselbe Recht, wie die sui uel emancipati, contra tabulas erlangen. Ganz deutlich kan man dieses in dem Falle erkennen, wenn die Eltern oder Kinder auf mehr als eine Virilportion eingesezt oder sonst bedacht sind. Denn wäre ihr Recht secundum tabulas, so würden sie ihre ganze Erbportion erhalten müssen; diese wird ihnen aber nur usque ad uirilem gewährt. Eben so sind sie auch nicht verpflichtet, die auf ihre Portion gelegten Vermächtniße an fremde Personen d. h. solche, die nicht auch wieder Eltern oder Kinder des Erblassers sind, auszuzahlen, was doch geschehn müßte, wenn sie S. T. P. possessores geworden wären [101]. Was nun aber aus diesen Anwendungen mir deutlicher erhellt, muß als allgemeines Princip auch auf solche Fälle bezogen werden, wo die Wirksamkeit des Rechts contra tabulas sich nicht auf so eigenthümliche Weise zeigen kan [102].

Zulezt ist noch zu untersuchen, wie sich unsere Regel zu dem Grundsaze verhalte, daß derselbe Erblasser nicht zu verschiedenen Zeiten ex testamento und ab intestato beerbt werden könne. Denn, wie in der Einleitung bemerkt worden, wird auch dieser Saz von Vielen als eine Folge

101) L. 5. §. 6-8. L. 6. 7. 8. pr. §. 1. D. de leg. praest. C. T. B. P. pet.

102) In den Klageformeln, welche den Eltern und Kindern gegeben werden, mußte sich der Unterschied von der S. T. B. P. freilich überall zeigen, indem bei ihnen stets auf die C. T. B. P. Bezug genommen wurde.

unserer Regel dargestellt. Fragen wir zuerst, was mit jenem Saze gemeint sei, so finden wir folgende sehr verschiedene Anwendungen darunter begriffen:

1. So lange Jemand noch aus einem Testamente beerbt werden kan, ist die Intestaterbfolge nicht deferirt [103].

2. Wenn ein Erbe von einem gewissen Tage an eingesezt ist, so findet inzwischen nicht erst Intestaterbfolge und darauf Testamentserbfolge statt, sondern der Tag wird als nicht geschrieben betrachtet und der Testamentserbe sogleich berufen.

3. Wenn ein Erbe bis zu einem gewissen Tage oder Umstande eingesezt ist, wird er mit dessen Eintritt nicht von dem Intestaterben abgelöset, sondern er bleibt Erbe und der Zusaz gilt gleichfalls für nicht geschrieben [104].

Jeder von diesen Rechtssäzen ist aus einem verschiedenen Grunde und keiner aus unserer Regel abzuleiten.

Der erste beruht darauf, daß die Testamentserbfolge überhaupt der Intestaterbfolge vorgeht, wovon der Grund früher nachgewiesen ist [105]. Da nun die Delation mit der Acquisition nicht nothwendig zusammenfällt, sondern in der Regel eine Zeitlang auf die leztere warten muß, so versteht es sich von selbst, daß inzwischen die Berufung durch das Gesez ausgeschlossen bleibt. So kan es sich selbst ereignen, daß Jemand, der sowohl durch das Testa-

103) L. 39. D. de acquir. uel omitt. hered. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. — L. 8. C. commun. de success. Antequam scriptus heres cuiuscunque portionis capax repudiet hereditatem uel alia ratione quaerendae facultatem amittat; ei qui testamentum reliquit, intestato nemo succedit. Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante, intestato bona defuncti non recte uindicentur.

104) L. 34. D. de hered. instit. Hereditas ex die uel ad diem non recte datur: sed uitio temporis sublato manet institutio. Derselbe Grundsaz steht §. 9. I. de hered. instit. L. 23. pr. D. eod.

105) S. oben S. 283.

ment als ab intestato berufen würde, einstweilen doch gar nicht erwerben kan, weil der Intestaterbfolge das Testament und dem Testamente noch ein anderer Delationsgrund vorhergeht. Man denke sich z. B. den Fall: ein suus ist eingesezt, ein postumus präterirt. Hier kan der Eingesezte nicht ab intestato Erbe werden, weil die Testamentserbfolge noch nicht beseitigt ist, und nicht ex testamento, weil das dem Testament noch vorgehende natürliche Recht des suus postumus noch eintreten kan. Stirbt er nun aber in der Zwischenzeit und der Erfolg entscheidet darauf für oder gegen das Testament, so ist er doch als Erbe gestorben, weil ihm die Erbschaft schon bei Lebzeiten zustand, nur unter entgegengesezten Bedingungen, von denen die eine, wie gewöhnlich mit rükwirkender Kraft, nun eingetreten ist [106]). Wäre der Eingesezte ein emancipirtes Kind gewesen, welches nicht ipso iure Erbe werden konte, so würde in diesem Falle seinen Erben mit einer decretalis b. p. geholfen werden müssen [107]). Wie wenig nun aber dieser ganze Grundsaz mit der Regel Nemo pro parte etc. zu thun hat, kan man daraus sehen, daß er bei allen Erwerben, nicht blos der Erbschaft, sondern auch anderer Sachen Anwendung findet. Das ius accrescendi z. B. ist so lange ausgeschlossen, bis es sich entschieden hat, daß der Andere, dem deferirt war, nicht erwirbt [108]). Und bei allen Rechtsgeschäften, die von einer Bedingung abhängig gemacht sind, kan der Erfolg, den die Nichtigkeit des Geschäfts hervorbringen wird, nicht eher eintreten, bis die Bedingung fehlgeschlagen ist; ist aber die Bedingung fehlgeschlagen, so tritt nun auch der Natur der Be-

---

106) Noch richtiger sagt man jedoch, daß er jedenfalls gleich sterbend ab intestato Erbe geworden ist, weil er sich nicht unbedingt eingesezt fand. L. 16 D. de lib. et postum.

107) L. 84 D. de acquir. uel omitt. hered. L. 30. §. 1. eod. L. 4. §. 3. L. 5. D. de B. P. C. T.

108) L. 2. §. 2. D. de B. P. S. T.

dingung nach der Rechtserfolg rükwärts ein. Um so mehr ist es zu verwundern, daß das Preuß. allgem. Landrecht Th. 1. Tit. 12. §. 478 vorschreibt: „Ist Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung zum Erben eingesezt, so bleibt, wenn nicht der Testator ein anderes vorgeschrieben hat, der Intestaterbe so lange bis die Bedingung eintrit, im Besize und Genusse des Nachlasses." Allein diese dem Willen des Testators so offenbar widersprechende Vorschrift hat wahrscheinlich nur darin ihren Grund, daß die Verfasser des Landrechts, die die Rechtsregel Nemo pro parte etc. mit allen ihren Wirkungen aufheben wollten, unter diese auch den eben besprochenen Rechtssaz irrig rechneten.

Der zweite Saz, daß Niemand von einem bestimmten Tage an eingesezt werden könne, ist schon oben berüksichtigt und daselbst bemerkt worden, daß er ebenfalls in etwas Anderem, nemlich in der Unmöglichkeit, eine Erbschaft zu einer anderen Zeit, als der des Todes des Erblassers zu vererben, seinen Grund hat. Man wende dagegen nicht ein: daß, wenn eine Bedingung hinzugefügt ist, erst mit Eintritt der Bedingung, oder wenn die Ungültigkeit des Testaments erst nach dem Tode des Erblassers sich entscheidet, erst mit diesem Zeitpunkte die Erbschaft, dort ex testamento, hier ab intestato, deferirt werde und daher eben so gut auch hier die Delation bis zum Eintritt des Tages verschoben bleiben könte. Der Unterschied jener Fälle von diesem liegt darin, daß, indem dort die Erbschaft doch eigentlich gleich mit dem Zeitpunkt des Todes gegeben wird, und nur wegen Ungewisheit des gebenden Willens [109]) die Delation bis zur Entscheidung aufgeschoben wird, dieser Erwerb doch stets, wie bei allen bedingten Geschäften, auf den Anfang, d. h. den Zeitpunkt des To-

109) Sowohl in dem einen als dem andern Falle ist der Erbe nur bedingt berufen, auch der Intestaterbe; denn die zwölf Tafeln sagten: Si intestatus moritur, cui suus heres nec esit etc.

des zurükbezogen wird [110]; hier dagegen die gewiß gegebene Erbschaft geradezu zu einer andern Zeit als der des Todes deferirt werden soll, was unmöglich ist. Expressa nocent, non expressa non nocent, könte man auch hier, jedoch in einem umgekehrten Sinne sagen.

Der dritte Saz endlich, daß auch nicht bis zu einem gewissen Tage oder bis zum Eintritt einer Bedingung eingesezt werden kan, und wenn es geschehn ist, dieser Zusaz gestrichen wird, beruht darauf, daß, wenn die Erbschaft mit dem Erben vereint ist, sie auf keine Weise, mithin auch nicht durch den Willen des Erblassers von ihm wieder getrennt werden kan. So begründen die Römer selbst den Saz [111]) und so liegt es auch in der Natur der Sache; denn wenn die Beerbung gleichsam eine vermögensrechtliche Fortpflanzung der Familie, wenn sie daher mit der Person des Erben, der sie erworben, identisch ist, wie eben gezeigt wurde, so muß sie auch eben so unveräußerlich sein, wie die Person des Erben selbst.

Nur insofern kan man sagen, daß die beiden lezten Säze eine Verwandschaft mit unserer Regel haben, als sie gleichfalls auf der persönlichen Natur der Erbschaft beruhen, daher auch der Soldat von ihnen eben so, wie von unserer Regel, befreit ist [112]). — Wir haben es übrigens für nöthig gehalten, die wahren Gründe dieser Rechtsgrundsäze etwas ausführlicher nachzuweisen, weil auch diejenigen, welche sie nicht auf die Regel Nemo pro parte etc. stüzen, ganz falsche Gründe dafür anführen. So be-

---

110) Vgl. oben Not. 33.

111) Regula est iuris ciuilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse. L. 13. §. 1. D. de lib. et post. L. 88. D. de hered. instit. L. 7. §. 10. de minor.

112) L. 41. pr. D. de testam. mil. L. 8. C. eod. In der erstern Stelle wird auch beides mit einander verglichen: Et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis spatio, licet non modicum sit, ex eodem priuilégio competat.

hauptet man häufig: ursprünglich wären alle testamentarischen Dispositionen durch die Hinzufügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung nichtig geworden, weil dieses Testament auf Mancipation beruht, und diese als actus legitimus nach L. 77. D. de R. I. dergleichen Zusäze nicht vertragen habe [113]). Später habe man diese Strenge fahren lassen, jedoch bei der Erbeseinsezung um des Nuzens willen das noch beibehalten, daß ein Erbe nicht ex die und ad diem eingesezt werden dürfe. Allein hierin liegen abgesehn von der vorausgesezten ganz unhistorischen und unrömischen Entwickelung, drei Irrthümer. Erstens ist es unerwiesen und gewiß unrichtig, daß die Mancipation nicht mit einer Bedingung hätte eingegangen werden können; in L. 77. cit. ist ohne Zweifel statt ueluti mancipatio, die ja im Justinianischen Rechte nicht mehr vorkommt, uelut emancipatio zu lesen [114]). Zweitens ist die Erbeseinsezung mit der Mancipation, wie eben gezeigt, nicht identisch, sondern ruht blos auf derselben als ihrer Grundlage, und wir haben ein ausdrükliches Zeugnis, daß unter einer Mancipation auch bedingte und mit einem dies versehene Bestimmungen gültig verabredet werden konten [115]); drittens würde aus jener Herleitung folgen, daß auch später die Erbeseinsezung mit einer Zeitbestimmung nichtig gewesen wäre, während doch umgekehrt die Zeitbestimmung nicht galt.

---

113) Ich führe hier, wie öfter, statt Aller Mühlenbruch Doctr. Pand. Tom. III. §. 647. an.

114) Denn so haben die Basiliken, Haloander und wie es scheint, alle übrigen HSS. außer der Florentinischen. Vgl. auch Hugo's elfte Rechtsgesch. S. 310. und C. Witte Basilicor. tit. de diuers. regul. iur. p. 17. Der Grund, warum die Emancipation unter einer Bedingung nicht gültig vorgenommen werden kan, ist aus L. 34. D. de adopt. leicht zu entnehmen. Das Verhältnis der Kindschaft als ein persönliches kan eben so wenig bedingt oder in diem aufhören, als entstehn.

115) Fragm. Vatic. §. 50.

Es bleibt uns jezt noch übrig, von den Ausnahmen unserer Regel zu sprechen. Viele Neuere haben eine ziemlich lange Reihe solcher Ausnahmen aufgestellt. In der That gibt es aber nur eine einzige, die übrigen sind scheinbar. Von jener soll zuerst die Rede sein.

Sie besteht darin, daß der Soldat auch pro parte testatus pro parte intestatus sterben kan, und ist eine Folgerung aus dem allgemeinen Privilegium der Soldaten, zu testiren wie sie wollen und wie sie können; denn mit diesem Zugeständnis wird ihre ganze Testamentifaction dem Bereich objectiver Regeln (ius publicum) entzogen und lediglich von ihrer subjectiven Willensbestimmung abhängig gemacht. Insbesondere müssen also für den Soldaten auch alle diejenigen Beschränkungen wegfallen, welche auf der Befangenheit des vererbenden Subjects im Object und damit in sich selbst beruhn, unter denen unsere Regel oben an steht, und an die Stelle derselben der bloße Wille des Soldaten gelten. Wir finden nun auch in unsern Quellen diese Ausnahme als solche nicht nur im Allgemeinen ausgesprochen [116]), sondern auch auf die Folgerungen bezogen. Wenn der Soldat nur zu einem Theil Jemanden eingesezt hat, so wird er im übrigen Vermögen ab intestato beerbt [117]); nur wenn der Wille des Soldaten offenbar wäre, daß die genannten Portionen das Erbe erschöpfen sollten, z. B. er hat sehr nahe Angehörige eingesezt, so daß keine befreundetern Personen übrig sind, so würde auch diesen die ganze Erbschaft zufallen [118]); wenn einer der von ihm ernannten Erben nicht erworben hat, so fällt diese Portion nicht iure accrescendi an die übrigen Testamentserben, außer wenn dieses Wille des Soldaten war, was aber an-

116) L. 6. 37. D. de testam. milit. L. 19. §. 2. D. de castr. pecul.

117) L. 6. 37. cit. L. 2. C. de testam. mil.

118) L. 3. C. eod.

zunehmen ist [119]), sondern an die Intestaterben [120]). Auch von den mit der unsrigen auf demselben Grunde ruhenden Regeln ist der Soldat frei; er kan mit mehreren Testamenten zugleich versterben [121]) und, wenn er seine Kinder im Testamente wissentlich übergeht, gelten sie für enterbt [122]), so wie er auch zugleich von einem Sohne ab intestato und von fremden eingesezten Erben beerbt werden könte. — Aber eben nach diesen Anwendungen möchte wieder ein Bedenken entstehn, ob wir es hier wirklich mit einer Ausnahme zu thun haben. Denn alle sind von der Art, daß es am Ende ja doch nach dem Willen des Soldaten geht und daß dieser freilich ohne alle Solennitäten testamentarische Kraft hat; z. B. wenn der Soldat sagt: ich seze Titius zur Hälfte ein, so werden die Intestaterben aus keinem andern Grunde berufen, als weil der Erblasser mit jener Beschränkung der ausdrüklichen Einsezung auf die Hälfte stillschweigend seine Intestaterben auf das übrige Vermögen eingesezt zu haben scheint. Ist dieser Wille nicht nachzuweisen, so bleibt es bei dem gewöhnlichen Rechte und der Eingesezte bekomt das ganze Vermögen, freilich auch nicht eigentlich iure accrescendi, sondern deshalb, weil nun anzunehmen ist, der Erblasser habe ihn zum ganzen Vermögen berufen und nur einen Theil für das Ganze gesezt; aber jedenfalls würde doch immer durch die

119) L. 3. C. de testam. milit. uerb.: et liquido probetur fratrem tuum castrensia bona ad te pertinere noluisse. Vgl. L. 2. 3. C. eod. Denn es ist wahrscheinlich, daß der Soldat, da er über sein ganzes Vermögen zu Gunsten mehrer testirt hat, diese sämtlich seinen Intestaterben habe vorziehn wollen; wie wir denn auch ähnlich interpretiren, wenn Jemand mehreren Pupillen einen dritten substituirt hat. L. 10. C. de impub. et aliis subst. vgl. L. 41. §. 4. D. de uulg. et pupill.

120) L. 37. D. de testam. mil. L. 1. C. eod.

121) L. 19. pr. L. 27. D. eod. Vgl. L. 36. pr. D. eodem.

122) §. 6. I. de exhered. lib. L. 12. pr. L. 47. in fin. D. de bon. libert. L. 7. 8. L. 36. §. 2. D. de testam. mil. L. 9. 10. C. eod.

testamentarische Berufung der ganze Nachlaß vererbt werden, und von einer Ausnahme könte hier eben so wenig die Rede sein, als in dem Falle, wenn ein Nichtsoldat, der einen Bruder zum Intestaterben haben würde, den Titius zur Hälfte und seinen Bruder zur andern Hälfte eingesezt hätte. Vielmehr scheint der ganze Unterschied nur darin zu liegen, daß wenn ein Soldat testirt, er durch bloßen ganz unfeierlichen Willen zum Erben einsezen kan, wogegen der Nichtsoldat an die vom Gesez vorgeschriebenen innerlichen und äußerlichen Solennitäten gebunden ist. — Dieser Einwurf ist recht dazu gemacht, um das richtige Verständnis unserer Regel von dem falschen unterscheiden zu lernen, daher wir ihn, bevor wir ihn widerlegen, erst von dieser Seite beleuchten wollen. Gehn wir mit Gans von der Vorstellung aus, unsere Regel bedeute nichts weiter, als den absoluten Kampf „der Willkür" mit „der Nothwendigkeit", so muß es höchst absurd erscheinen, daß die Römer für den Soldaten eine Ausnahme von derselben annehmen. Umgekehrt, müßten wir ihnen einwenden, hier zeigt sich eure Regel gerade in ihrem Glanze; denn auch wenn der Soldat seinen Willen nur theilweise ausdrüklich erklärt hat, so weiset ihr uns an, für das Uebrige seinen muthmaßlichen Willen zu erforschen, damit nur ja nicht das Resultat herauskomme, daß zum Theil nach dem Systeme der Willkür, zum ándern Theil nach dem System der Nothwendigkeit succedirt werde. Daher ist es nicht zu verwundern, daß Gans dem Preußischen Rechte, welches den Saz Nemo pro parte aufgehoben, aber auch das Recht des Soldaten in dieser Beziehung zum allgemein geltenden gemacht hat, Widerspruch und Principlosigkeit vorwirft [123]); um so mehr aber, daß er in der Darstellung

123) In der Abhandlung: Von der Stellung und dem Princip des Preußischen Erbrechts. Beiträge I. No. X.

des Röm. Erbrechts das Soldatentestament mit den Römern als Ausnahme von unserer Regel auffaßt und dennoch in der gleichzeitigen Anwendung jener Grundsäze keinen Widerspruch findet.

Nach der richtigen Begründung und Auffassung unserer Regel ist nun ein solcher Widerspruch keineswegs vorhanden. Nach dieser beruht sie nicht darauf, daß der Wille des Erblassers als solcher zu der Nothwendigkeit des gesezlichen Erbrechts in einem gegenseitig absolut ausschließenden Widerstreit stehe; dieses kann wahr sein, ohne daß unsere Regel daraus folgte, wie oben gezeigt ist; sondern darauf, daß der vererbende Wille im Verhältnis zu seinem Objecte ein Gesez findet, welches ihn mit Nothwendigkeit auf die ganze Erbschaft bezieht. Und ihre Bedeutung ist nicht die, daß Niemand über seine Beerbung zum Theil wollen, zum Theil nicht wollen könne; auch dieses ist wahr, spricht aber nur aus, daß der Mensch überhaupt über einen Gegenstand nicht zugleich wollen und nicht wollen kan, sondern die, daß er nicht zum Theil durch eigenen Willen (Testament) zum Theil durch einen andern, der nicht der seinige ist, beerbt werden und eine solche Beerbung auch nicht gültig wollen könne. Daher stehn sich zwar Soldat und Nichtsoldat darin gleich, daß jeder, wenn er über seine Beerbung will, nicht blos zum Theil wollen kan; darin liegt aber auch gar nichts Besonderes, der Vererbung Eigenthümliches: denn auch wenn Jemand z. B. die Hälfte seiner Sache verschenkt, so liegt darin nothwendig zugleich der Wille, daß er die andere Hälfte nicht verschenken, sondern selbst behalten will; jeder Wille, wie jedes Denken ist zugleich positiv und negativ; aber darin weichen sie ab, daß der Nichtsoldat nicht neben der Vererbung durch seinen Willen auch eine Vererbung durch einen andern wollen kann; denn nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere

potest; dem Soldaten dagegen ein solcher Wille gestattet ist, daher sein Testament von jener Regel eine wirkliche Ausnahme bildet.

Nun zur Widerlegung jenes Einwurfs. Er ist deshalb blos scheinbar, weil es etwas ganz Anderes ist: wollen, daß man ab intestato beerbt werde und die Intestaterben zu Erben einsezen. Denn zum Erben einsezen heißt: Jemanden durch eigenen Willen zur Erbfolge berufen; daher wenn Jemand die Intestaterben einsezt, diese nun eben nicht als Intestat- sondern als Testamentserben zur Erbschaft gelangen; wollen dagegen, daß die Intestaterbfolge gelte, heißt: nicht durch eigenen Willen zur Erbfolge berufen, sondern es dem Gesez überlassen, daß es durch seinen Willen Erben ernenne. Die Wichtigkeit des Unterschiedes kann man daraus am besten ersehen, daß eine solche Erbeseinsezung: ii mihi heredes sunto qui lege heredes erunt, aus einem doppelten Grunde nichtig sein würde, **einmal** weil es gleichsam eine heredis institutio arbitrio alterius commissa ist [124]), denn ob Jemand seinen Willen an den des Gesezes oder an den eines Einzelnen aufgibt, ist gleichviel; **zweitens** weil damit eine persona incerta eingesezt wäre; denn der Testator kan nicht wissen, wer zur Zeit seines Todes der gesezliche Erbe sein wird, ob einer von den jezt vorhandenen Verwandten, oder eine Person, welche erst noch geboren oder adoptirt werden wird, eine Ungewisheit, welche allen bestimmten Willen ausschließt, und auch für den Soldaten ein Nichtigkeitsgrund seiner Einsezung sein würde. Ueberdies gelten von der Intestaterbfolge folgeweise in so vielen Stücken andere Rechtsprincipien, z. B. bei der Erbtheilung, daß diese in ihrer Einzelheit eben-

---

124) L. 32. pr. D. de hered. instit. L. 68. eod. L. 52. D. de condit. et demonstr.

falls nicht vorausgesehn und als Wille des Verstorbenen betrachtet werden können. Dennoch wird der Soldat, obgleich durchaus nach seinem Willen, doch in den gedachten Fällen zum Theil a testato, zum Theil ab intestato beerbt und sein Privilegium besteht nur darin, daß seine testamentarische Beerbung nicht objectiven Regeln unterworfen ist, sondern lediglich durch seinen Willen bestimmt wird.

Noch fragt es sich, was der Grund jenes ganzen so merkwürdigen Privilegiums der Soldaten war? Die Römer berufen sich überall auf die nimia imperitia des Soldatenstandes [125]). Gans sieht in der „Soldateska" der Kaiserzeit die absolute Gesezlosigkeit, der es daher auch zukomme, hinsichtlich der Beerbung als bloßer hohler Wille, von allen Schranken des sonst Gesezmäßigen und Heiligen frei, sich geltend zu machen [126]). In beiden liegt etwas Wahres, aber schwerlich der tiefste Grund; dieser möchte darin zu suchen sein, daß mit Anfang der Röm. Kaiserzeit das Princip der Persönlichkeit oder der Subjectivität, wie in der Menschheit überhaupt, so namentlich in Rom, dem damaligen Centrum des irdischen Menschengeschlechts, zum Vorschein kommt. Diesem Princip ist es eigen, daß die Gesezmäßigkeit objectiver Natur von der Unendlichkeit des subjectiven Daseins durchbrochen werde und es tritt göttlich in Christo mit seiner ecclesia militans, menschlich in dem Röm. Kaiser mit seinem den Barbaren entgegengestellten miles perpetuus hervor — in jenem das Gesez des priesterlichen Volkes in Liebe erfüllend, und damit zur freien Persönlichkeit verklärend, in diesem das Gesez des königlichen Volkes gewaltsam überspringend und damit aufhebend; denn der göttliche Wille ist frei, der

---

125) Man findet die Stellen gesammelt von Schrader zu pr. I. de milit. testam.

126) Erbrecht Bd. 2. S. 168 flg. S. 459 flg.

menschliche willkürlich. Dennoch hat Gans nicht Unrecht, wenn er der Röm. Soldateska Willkür zuschreibt; aber es ist dieses erst ein zweites Moment in ihrer Bedeutung, und das persönliche Recht ist vom Heilande nicht weniger, wie das Recht des Freistaats vom Kaiser aufgehoben worden. Anderer Seits ist jenes neue Princip der Menschheit zugleich als neues auch ein kindliches, unmündiges, für welches der ganze Reichthum des aufs vollkommenste ausgebildeten alten Princips so gut wie nicht vorhanden ist. Als das materielle Element dieses Princips außerhalb des Röm. Staats sind auch von dieser Seite die den Limes umlagernden Barbaren, vorzüglich die Deutschen zu betrachten, welche daher erst damals als Völker aus der Bewußtlosigkeit frühern Zustandes auftauchen, aber auch sogleich ihren Beruf die alte Geschichte materiell zu überwinden an Varus Legionen bethätigen; das innerliche spirituelle Element dagegen bildet auf gleicher Linie im Röm. Reich das stehende Heer, das gleichfalls erst jezt entsteht; so wie jene der ganzen Cultur der gebildeten alten Welt entbehren, so diese der Kenntnis des Innern des Römischen Staats d. h. des Civilrechts. Daher war es nothwendig, daß eben so wie das Recht den Kindern mancherlei Privilegien ertheilt, um ihr unmündiges Alter vor Gefährde zu schüzen, so auch der Unerfahrenheit des Soldatenstandes Hülfe gewährt wurde, und dieses ist der eigentliche Grund seiner Privilegien vom Gesichtspunkt des Röm. Staats aus, daher auch die Römer mit Recht seiner allein Erwähnung thun. So leuchtet ein, daß jenes Subjectivitätsprincip, indem es auch als ein neues eintritt, zu gleicher Zeit das alte Recht durchbrochen und von ihm in Schuz genommen wird, ja, daß beides wie in der Geburt eines Kindes nothwendig zusammenfallen muß. Daß sich aber diese Durchbrechung des alten gesezmäßigen Rechts gerade in dem Testamentsrecht zeigt,

ist ebenfalls nicht zufällig. Die Familie ist privatrechtlich der Boden, in welchem das Rechtsdasein wurzelt; eben darum muß sie auch der Schauplaz jener Verdrängung des alten Princips der Gesezmäßigkeit von dem neuen der Persönlichkeit sein. Sie entwickelt sich aber wieder, wie oben gezeigt, nach den beiden Momenten des Lebens und des Sterbens, von denen jenes im Kindes- dieses im Erbenverhältnisse ausgedrükt liegt. Dennoch mußte auch in diesen beiden Momenten der Durchbruch des persönlichen Freiheitsprincips durch die Schranken des allgemeinen Gesezes erfolgen, und so finden wir es in den beiden mit den Kaisern aufgekommenen Instituten des castrense peculium, welches bei Lebzeiten die Fesseln der väterlichen Gewalt, und des testamentum militare, welches im Sterben die Fesseln der Selbstgewalt bricht.

Unter den scheinbaren, aber offenbar irrigen Ausnahmen unserer Regel ist diejenige schon vorhir beseitigt, welche in der Aufrechterhaltung der Erbeseinsezungen zu Gunsten der Kinder uud Eltern des Testators neben der verlangten C.T.B.P. gefunden werden möchte.

Eben so wenig kan man das eine Ausnahme nennen, daß gar wohl der eine heres ab intestato, der andere Bon. possessor testamentarius sein kan und nun vielleicht jeder zu einem gewissen Theile die Erbschaft behält. Denn da hereditas und bonorum possessio zwei von einander völlig unabhängige Systeme der Erbfolge sind, so ist es erstens nicht auffallend, daß überhaupt der eine heres ex testamento sein kan, während der andere die B.P. ab intestato hat, oder umgekehrt; zweitens aber ist in jenem Falle in der That sowohl der Civilerbe ex asse heres ab intestato als der prätorische ex asse Bon. possessor testamentarius, und nur in dem Processe, den der eine gegen den andern anstellt, kan die Sache so bewandt sein, daß der eine dem andern, wenn

er nicht durch eine exceptio zurükgewiesen sein will, nur einen Theil der Erbschaft abklagen darf. Ein Beispiel gibt L. 16. D. de legat. praestandis C. T. B. P. pet.

> Si duo proponantur esse, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus: apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est. Et si ambo petissent contra tabulas bonorum possessionem: is quidem, qui in potestate mansit, cum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata. Emancipatus uero nunquid nec ipse praestat, quia ei rem aufert, qui praestaturus non erat, si solus esset? Sed uerius est, uel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata. Proinde si contra tabulas non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem et utique liberis parentibusque legata praestare. Sed an et omnibus, dubito; tamen quia plena fruatur uoluntate, plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet.

Wenn ein suus präterirt, ein emancipatus eingesezt ist, so ist, und zwar für beide, nicht die S. T. sondern die C. T. B. P. deferirt. Wenn sie diese nun beide annehmen, so wird jedenfalls der suus keine Legate an Eltern und Kinder zahlen, weil er als heres ab intestato der B. P. nichts verdankt. Dasselbe möchte man aber auch von dem emancipatus behaupten, weil er um des suus willen die C. T. B. P. hat und dieser durch sein Intestaterbrecht die Legate überhaupt nichtig macht. Allein der Jurist entscheidet sich für das Gegentheil, und mit Recht, da ja der emancipatus nicht dem Intestaterbenrechte, sondern dem vom Prätor berüksichtigten natürlichen Erbrechte des suus die C. T. B. P. verdankt und dieses keineswegs

die Legate ausschließt. Hieraus folgt, daß um so viel mehr der emancipatus die Legate für seinen Theil auszahlen muß, wenn er nicht die C. T. B. P. annimmt, d. h. wenn, nachdem der suus sowohl als der emancipatus ihren annus utilis der C. T. B. P. ungenüzt hätten vorübergehen lassen, und nun die S. T. B. P. deferirt war, der eingesezte emancipatus diese verlangt hat. Denn erstens ist diese B. P. nicht sine re, weil hinsichtlich des natürlichen Erbrechts der emancipatus dem suus vom Prätor der wahren Billigkeit gemäß gleich geachtet wird und er in der That auch dann, wenn er die S. T. B. P. annimt, noch vermöge seines, im Testament anerkanten natürlichen Erbrechts succedirt; mithin muß er hier eben so, als wenn er die C. T. B. P. allein agnoscirt hätte, gegen die hereditatis petitio des suus für die Hälfte geschüzt werden [127]). Zweitens aber versteht es sich von selbst, daß wenn der emancipatus durch das Testament die B. P. erhält, er um so viel mehr die Legate an Eltern und Kinder anerkennen muß. Ja der Jurist meint sogar, daß ihm jezt die Entrichtung aller Legate (auch an personae extraneae) für seinen Theil obliege, und mit Grunde, da er ja jezt nicht mehr blos vermöge seines natürlichen Erbrechts, sondern auch vermöge des Willens des Vaters [128]) succedirt und jedes zum

---

127) Dies geschieht so, daß wenn der suus nicht blos mit der partiaria h. p. die Hälfte der Erbschaft intendiren will, der Prätor dem Besizenden eine doli exceptio gibt.

128) Der Jurist drükt dieses so aus: plena fruitur uoluntate (sc. patris), indem nemlich hier auch die Art der B. P., durch welche der emancipatus erbt, secundum T., dem Willen des Vaters gemäß ist. Roßhirt in der Einleitung in das Erbrecht S. 48. misversteht diese Worte so, als wäre von der „vollfreien Wahl" des emancipatus, die C. T. oder S. T. B. P. anzunehmen, die Rede. Die richtige Erklärung findet sich wohl außerdem allgemein; man sehe z. B. nach Claud. Chiflet. de iure fideicommiss. 3, 11. in Otto Thes. V. p. 834. Ferd. de Retes Aduersar. ad h. tit. c. 9. in fin. in Meermann. Thes. VI. p. 510 seq. Auch die Uebersezung C. I. C. von Otto, Schilling und Sintenis Bd. 3. S. 841.

Erben eingesezte Kind sich die Legate gefallen lassen muß. — Aus dieser richtigen Interpretation unserer Stelle geht nun hervor, daß in ihr keineswegs davon die Rede ist, daß dem emancipatus nur eine dimidiae partis S. T. B. P. gegeben werden soll, sondern daß, nachdem er diese B. P. ex asse erhalten hat, er in ihrem Genusse pro dimidia parte geschüzt werden soll — daß folglich an eine Ausnahme von dem Saze nemo pro parte testatus etc. hier nicht zu denken ist.

Einen noch größern Schein der Wahrheit hat die fast von allen als solche angeführte Ausnahme, daß, wenn das Testament durch die inofficiosi querela nur zum Theil umgestoßen wird, der eine zum Theil aus dem Testament, der andere für den übrigen Theil ab intestato Erbe sein kan. Um hierüber zur Klarheit zu kommen, müssen wir folgende Bemerkung vorausschicken: Wenn dieser Fall eine wirkliche Ausnahme von unserer Regel bilden sollte, so müßte er so angethan sein, daß es den Centumviren erlaubt gewesen wäre, gegen unsere Regel anzunehmen, daß Jemand gar wohl auch pro parte testatus pro parte intestatus sterben und beerbt werden könne (denn nur dieses spricht unsere Regel aus), und demgemäß ihr Urtheil zu fällen. Auch sehen die Neueren die Sache zum Theil so an [129]). In der That steht sie aber nicht so, sondern Richter und Parteien sind auch hier an unsere Regel gebunden und wenn dennoch der Erfolg eintrit, daß der eine für einen Theil als Testamentserbe, der andere für den übrigen Theil als Intestaterbe die Erbschaft hat, so liegt der Grund nicht in einer Abweichung von unserer Regel, sondern darin, daß eine Anwendung derselben vermöge des Sazes: res iudicata ius facit inter partes zu diesem Resultat führt, oder

129) Z. B. Roßhirt a. a. Or. S. 49. Mühlenbruch im fortgesezten Pand. Comm. Bd. 35. S. 342 ff.

mit andern Worten: in dem dem richterlichen Urtheile beigelegten Einflusse auf den Streitgegenstand verbunden mit der Möglichkeit, daß dieser Streitgegenstand nur ein Theil der Erbschaft sei. Daher auch Papinian einmal von einem solchen Falle sagt: nec absurdum uidetur, pro parte intestatum uideri, d. h. es liegt nichts Widersinniges darin, daß ein Erblasser (mit der Wirkung) für einen Theil der Erbschaft (in Folge richterlichen Erkenntnisses) so angesehn werde, als habe er (für die ganze Erbschaft) nicht testirt [130]). Er sagt nicht: pro parte intestatum esse, denn objectiv und ohne Einfluß des richterlichen Urtheils kan dieses, wie oben gezeigt, nach der Natur der Erbschaft nicht eintreten. Er sagt aber auch nicht: nec absurdum uidetur, pro parte aliquem testatum pro parte intestatum uideri; denn das würde heißen, der Richter könne in einer Sache annehmen, der Erblasser habe zum Theil testirt, zum Theil nicht testirt; eine solche Annahme würde in der That einen Widerspruch gegen unsere Regel, mithin eine Absurdität in sich schließen [131]). — Einige Neuere haben geglaubt, daß auch eine Aeußerung von Triphoninus [132]) auf jenen Unter-

130) L. 15. §. 2. D. de inoffic. test. Hierüber sehr gute Bemerkungen von Seuffert im Archiv für civil. Prax. Bd. 3. S. 220. Note 26.

131) Wenn man jedoch das uideri auf verschiedene richterliche Sentenzen beziehen will, so läßt sich jener Ausdruk allerdings rechtfertigen. So in L. 24. D. de inoffic. test.

132) L. 19. §. 2. D. de castr. pec. Filius familias paganus de peculio castrensi fecit testamentum et dum ignorat patri se suum heredem exstitisse, decessit: non potest uideri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamuis id in milite etiam nunc rescriptum sit: quia miles ab initio pro parte testatus pro parte intestatus potuerat mori: quod ius iste non habuerit, non magis quam sine obseruatione legum facere testamentum: necessario ergo castrensis peculii heres scriptus uniuersa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per seruos alio loco agentes.

schied dessen, was die Regel an sich ergebe und was durch später hinzutretende Umstände bewirkt werden könne, hindeute, und daß sich danach der ganze Unterschied so fassen lasse: Man könne nicht ab initio, wohl aber ex post zum Theil testirt zum Theil untestirt sterben [133]). Allein eine genauere Erwägung des Zusammenhangs zeigt, daß Tryphoninus beim Gebrauche des Ausdruks ab initio nicht diesen Gegensaz im Auge hatte, sondern daß er sagen wollte: „ein Soldat kan für verschiedene Theile seines Vermögens pro parte testatus pro parte intestatus gleich von Anfang an, nach ursprünglicher Willensbestimmung, sterben, indem er z. B. im Testament nur für den im Militärstande erworbenen Theil seines Vermögens Erben einsezt, sein übriges Vermögen dagegen (welches er damals auch schon hatte) den Intestaterben überläßt; daher wird dieses auch möglich sein, wenn er zwar ursprünglich für sein ganzes damaliges Vermögen (die bona castrensia) testirte, nachher aber ein neues Vermögen hinzuerwarb; denn da es blos auf seinen Willen ankommen soll, so muß man auch hier behaupten, daß der eingesezte Erbe nur für das damalige castrensische Vermögen den Willen des Testators für sich habe und ein ius accrescendi hinsichtlich des später erworbenen Vermögens anzunehmen, wäre um so bedenklicher, als der Soldat, der zu einer Zeit testirt, wo er nur Soldatengut hat, wahrscheinlich nur dieses nach seinen damaligen Bekantschaften vererben wollte, wogegen das später erworbene nicht castrensische Gut viel natürlicher der Familie bleibt." Hieraus erhellt, daß das ab initio p. p. t. p. p. i. mori posse heißen soll: in der Art zum Theil testirt,

133) Vgl. die Nachweisungen bei Thibaut Civil. Abh. S. 67. Note 8. Seuffert im Archiv f. civil. Praxis. Bd. 3. S. 219. Note 25, welcher leztere ebenfalls diese Meinung annimt.

zum Theil unteſtirt ſterben können, daß dieſe Art der Beerbung eintreten würde, wenn der Erblaſſer ſogleich nach gemachtem Teſtament ſtürbe, und daß der Gegenſaz davon nicht iſt: ex post facto pro parte intestatum uideri, ſondern wie auch die Worte ergeben: postea (vermöge des ſpäter noch hinzu erworbenen andern Vermögens) p. p. t. p. p. i. mori posse. Und ſo kan dieſe ganze Ausdruks- und Gedankenweiſe nur beim militäriſchen Teſtamente vorkommen; für unſern Fall hat ſie keinen Sinn [134]). — Auch das erſcheint willkürlich, wenn Manche in der ſubjectiven Faſſung unſrer Regel eine Hindeutung darauf finden wollen, daß aus einem andern Grunde, als der in der Willensbeſtimmung des Erblaſſers liegt, eine Concurrenz der Teſtaments- mit der Inteſtaterbfolge ſich wohl denken laſſe. Denn dieſe ſubjective Faſſung iſt nur darum gewählt, weil der Grund der Regel in der Ausſchließlichkeit des teſtamentariſchen Willens, mithin im Erblaſſer liegt; im Uebrigen iſt die objective Faſſung, die ſich z. B. auch in der Stelle bei Cicero findet, eben ſo wichtig. — Nur darin alſo, daß die Regel ſagt decedere potest oder heredes esse non possunt — nicht decedere uidetur oder heredes effici possunt, weiſ't ſie den Fall des für einen Theil der Erbſchaft umgeſtoßenen Teſtaments als in ihr gar nicht enthalten zurük.

Wir gehn jezt dazu über, unſere obige Behauptung, daß Richter und Parteien in der officiosi querela ſtets an unſere Regel gebunden waren und nur die res iudicata den ſcheinbar regelwidrigen Erfolg herbeiführte, zu beweiſen.

Zuvörderſt bringt dieſes ſchon der color insaniae mit

134) Mit Recht ſagt in lezterer Beziehung Thibaut a. a. O.: „man ſieht gar nicht ein, warum das ex post milder behandelt werden ſoll, als das ab initio, beſonders wenn man daran denkt, daß die Römer auch bei der Entſagung eines teſtamentariſchen Erben den erwähnten Rechtsſaz annahmen."

sich, auf welchen sich die Intention des Klägers und das richterliche Urtheil stüzt. Denn es wäre ungereimt, anzunehmen, daß der Erblasser, als er testirte, zum Theil wahnsinnig, zum Theil bei Verstande gewesen sei, worauf auch die Römer in andern Beziehungen hinweisen [135]). Ein fernerer Beweis liegt darin, daß, wenn ein solcher Kläger mit der Querel pro parte durchgedrungen ist, der nicht der eigentliche Intestaterbe war, dieser leztere dennoch die Erbschaft nicht von ihm einklagen kan; denn da ein anderer noch Testamentserbe ist und Niemand pro parte testatus pro parte intestatus sterben kan, so ist die Intestatsuccession noch gar nicht eröfnet [136]). Offenbar würde hier, wenn wirklich unsere Regel für die querela inofficiosi eine Ausnahme erlitte, der Intestaterbe in die eröfnete Erbportion eintreten müssen. — Aus demselben Grunde würde auch, wenn von zwei zur Querel berechtigten Kindern das eine den lezten Willen der Mutter zum Theil umgestoßen hat, das andere nicht mit ihm Intestaterbe werden, denn auch hier ist die Intestaterbfolge nicht eröfnet [137]).

---

135) L. 13 in fin. L. 19. D. de inoffic. testam. L. 36. D. de leg. III.

136) L. 25. §. 1. D. de inoffic. testam. (hier heißen die Worte: praecedentes eum personae exclusae sunt: die ihm noch vorhergehenden sind durch das Testament ausgeschlossen.) Anders, wenn er das ganze Testament umgestoßen hat (patrem familias intestatum fecit) L. 6. §. 1. D. eod.

137) L. 16. pr. D. eod. Auch hier wieder anders, wenn das eine Kind das Testament völlig umgestoßen hat. Hier wird das andere jedenfalls sein Miterbe ab intestato. Wenn es jedoch die Querel ausgeschlagen hat, so würde seine hereditatis petitio von dem besizenden siegreichen Bruder exceptione rei iudicatae zurükgewiesen werden, weil nun die Centumvirn blos zu dessen Gunsten das Testament umgestoßen haben. L. 17. pr. D. eod. Qui repudiantis animo non uenit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam mouere uolunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato uocatur et ideo uniuersam hereditatem

Endlich bestätigt sich auch unsere Ansicht durch Betrachtung der einzelnen Fälle, in welchen eine theilweise Rescission des Testaments vorkommt. Man muß hier wesentlich das Verhältnis des Klägers und Beklagten unterscheiden. Auf Seiten des Beklagten kan das rescindirende Urtheil niemals weiter greifen, als sein Recht reicht, d. h. wenn er nur zu einem Theile Testamentserbe ist, so wird auch nur für diesen Theil das Testament umgestoßen, und wenn der Kläger nicht auch gegen die übrigen Testamentserben klagt, so bleibt das Testament theilweise gültig. Daher auch die meisten Erwähnungen theilweise rescindirter Testamente sich auf den Fall der Mehrheit von testamentarischen Erben beziehn [138]). Auf Seiten des Klägers dagegen wird stets auf Rescission des ganzen Testaments angetragen, wenn er auch vielleicht nur zu einem Theile Intestaterbe ist und sein Sieg würde daher auch seinen Intestatmiterben nüzen, oder wenn diese aus irgend einem Grunde ausgeschlossen sind, ihr Theil ihm accresciren [139]). Nur in dem Falle, daß der eingesezte Erbe ab intestato mit dem Kläger gleich berechtigt ist, wurde angenommen, daß der leztere gegen jenen nur zu einem Theile, nemlich so viel seine Intestatportion beträgt, klagen könne [140]). Wie erklären sich nun diese von den Neuern noch so wenig begründeten und darum auch noch so streitigen Verschiedenheiten? Allein durch eine conse-

---

non recte uindicasset; hic si obtinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate quasi Centumuiri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, credidissent.

138) Man sehe nach L. 15. §. 2. L. 25. §. 1. L. 27. §. 3. D. eod. L. 13. C. eod. L. 76 pr. D. de leg. 2. L. 12. §. 4. D. de bon. libert. L. 31. pr. D. de uulg. et pup. subst. Nur einige dieser Stellen, z. B. die lezte, erlauben auch eine andere Beziehung.

139) L. 17. pr. L. 6. §. 1. L. 23. §. 2. D. de inoffic. testam.

140) L. 16. pr. 19. D. eod. L. 6. 7. D. de dot. collat. L. 20 pr. in fin. D. de B. P. C. T.

quente Anwendung unserer Rechtsregel in Verbindung mit der Natur der res iudicata. Wir beginnen mit dem Verhältnisse des Klägers.

Dieser verlangt als Intestaterbe anerkant zu werden. Soll dieses möglich sein, so muß nach unserer Regel kein Testament vorhanden sein, gleichviel ob der Kläger alleiniger oder nur theilweiser Intestaterbe ist. Denn da die Testamentserbfolge untheilbar ist, so würde eine jede theilweise Rescission des Testaments ein absurdes Verlangen sein und dem Kläger auch nicht zum geringsten Theile der Intestaterbfolge verhelfen. Eben so kan aber, wie sich von selbst versteht, auch der Richter, wenn er für den Kläger spricht, nur von der Ansicht, daß das ganze Testament nichtig sei, ausgehn. Soll nun aber der Kläger, wenn er nur zum Theil Intestaterbe ist, seine Intention auf die ganze Erbschaft richten? Keineswegs; thäte er das, so würde er sich einer pluris petitio schuldig machen. Vielmehr intendirt er nur seinen Theil [141]), aber gleichwie der Testamentserbe, welcher mit der hereditatis petitio partiaria klagt, doch die Gültigkeit des ganzen Testaments beweisen muß, so dieser die Nichtigkeit des ganzen Testaments. Auch wirkt der richterliche Spruch, welcher das Testament umstößt, nothwendig für alle Intestaterben, obgleich sie nicht mit geklagt haben, ganz auf dieselbe Weise, wie wenn einer von mehren Eigenthümern des Grundstüks mit der confessoria actio gesiegt hat [142]); denn das eigentliche Object jenes Processes war etwas Un-

141) L. 8. §. 8. D. de inoffic. test. sagt von einem solchen Falle, wo zwei Intestaterben vorhanden sind, von dem einen: et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debes sed dimidiam petere. Eben so L. 17. pr. D. eod. (vgl. Note 137) quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato uocatur et ideo uniuersam hereditatem non recte uindicasset (nemlich der andere Miterbe, welcher die inoffic. quer. angestellt hat.)

142) L. 4. §. 3. D. si seru. uindic.

theilbares — Nichtigkeit des Testaments und darauf beruhende Herbeiführung der Intestaterbfolge; daß der Kläger nur zu einem Theil Erbe war, betraf blos etwas Secundäres, wie wir es oben ausdrükten, die theilbare hereditas, nicht die untheilbare familia.

Eben so begegnen wir nun auch in den Wirkungen überall der Anwendung unsrer Regel. Hat der Erbe, welcher die Querel anstellte, gesiegt, und es sind gleichberechtigte Intestaterben vorhanden, so werden diese jezt in jedem Falle für ihren Theil [143]) zur Intestaterbfolge mit berufen; ist aber sogar ein anderer alleiniger Intestaterbe, so würde auch ihm allein der Sieg des zufällig durchgedrungenen Klägers zu Gute kommen [144]). Im ersten Falle ist jedoch noch zu beachten, ob nicht aus irgend einem Grunde der Intestatmiterbe freiwillig oder gezwungen von seinem Rechte ausgeschlossen worden sei. Wenn er z. B. ebenfalls zur Querel berechtigt war und hat sie ausgeschlagen oder verjähren lassen, so accrescirt sein Theil dem andern, der demnach, wenn er dieses Factum wußte, von Anfang an die ganze Erbschaft fordern konnte. Wußte er es aber nicht, oder fand das Ausschlagen u. s. w. erst nach Anstellung der Klage statt, und er hat daher nur seinen ursprünglichen Intestaterbantheil eingeklagt, so muß man behaupten, daß das richterliche Urtheil, obgleich es dem Kläger wegen der Beschränkung seiner intentio auf seinen Erbtheil, ausdrüklich auch nur diesen zusprechen konte, sich doch stillschweigend auf die accresci-

---

143) Vorausgesezt, was wir hier überhaupt noch voraussezen, daß nicht auf Seiten des Beklagten ein Grund vorhanden ist, weshalb die Querel nur pro parte das Testament rescindirte. Wenn dem Beklagten wegen Contumacia der Besiz abgenommen und auf den Kläger übertragen wird, so hat das Gericht in der Sache selbst eigentlich gar nicht erkant, daher hier auch das Testament nicht nichtig wird. L. 17. §. 1. D. h. t.

144) L. 6. §. 1. D. h. t.

rende Portion mit beziehe, so daß, wenn der andere als Intestaterbe wider ihn klagt, was er ipso iure kan, da er die Intestaterbfolge nicht ausgeschlagen hatte, er ihn mit einer exceptio rei iudicatae zurükweisen kan [145]). Wenn der eventuelle Intestatmiterbe gestorben ist, so versteht es sich vollends von selbst, daß der Querulant gleich anfangs die ihm nun allein zustehende Intestaterbschaft intendiren kan, oder wenn er schon einen Theil intendirt hätte, daß er als Sieger iure accrescendi sofort alleiniger Erbe wird. Wenn aber der Intestatmiterbe gar nicht zur Querel berechtigt ist, so kann man auch auf keine Art behaupten, daß der durch Ausschlagen oder sonst wie die Querel und dadurch die Intestaterbschaft verloren habe, und folglich wird er, wenn die Intestaterbfolge eröfnet ist, stets und ohne Furcht einer exceptio Miterbe des Siegers werden. Dieses ist also namentlich von dem Falle zu behaupten, wo dem eventuellen Intestatmiterben

145) D. L. 17. pr. D. h. t. (s. oben Not. 137) bezieht sich auf einen solchen Fall, wo der eine von zwei enterbten Brüdern die Querel angestellt hat, ungewiß, ob dieses der andere auch thun wird. Hier würde es sehr unvorsichtig gewesen sein, wenn jener gleich die ganze Erbschaft intendirt hätte. Aber wenn es sich im Laufe des Processes zeigt, daß der andere nicht klagen will, so müssen die Richter es ansehn, als wenn in dem Theile, den sie dem Kläger zusprechen, die Frage über die ganze Erbschaft entschieden und der stillgebliebene Miterbe zu Gunsten des Klägers ganz von ihr ausgeschlossen wäre. — Diese Beziehung, wodurch die Stelle allein Licht erhält, haben alle Erklärer übersehn, auch Francke Notherbenrecht S. 258. — Fälle dagegen, in welchen es schon vor der eigentlichen Klaganstellung klar geworden, daß der Mitberechtigte ausfällt, und darum das ius accrescendi zur Anwendung komt, enthält L. 23. §. 2. D. eod. Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt (ursprünglich stand sicher lege egerunt) et unus postea constituit non agere (sc. coram C. uiris): pars eius alteri accrescit. Idemque erit et si tempore exclusus sit. Der Jurist sezt den Fall so, daß der andre Berechtigte wenigstens die legis actio vor dem Prätor schon vorgenommen hatte, damit der animus repudiandi recht klar sein möge. Denn wenn er noch gar keine Schritte gethan hatte, so konnte man aus seinem bloßen Nichtklagen noch nicht ein Nichtklagenwollen herleiten.

vom Erblasser durch das Legat seines Pflichttheils oder durch Ausschließung bona mente oder ex iusta causa Genüge geschehn ist [146]); desgleichen wenn ein Notherbe mit einem andern Intestaterben, der nicht Notherbe ist, concurrirt, z. B. der Verstorbene hinterließ einen Bruder und eines vorverstorbenen Bruders Kinder, und der erste hat die ex asse eingesezte turpis persona im Querelproceß überwunden. Wenn die Neuern in diesen Fällen das Gegentheil behaupten [147]), so beruht dieses nur auf Verkennung des Hauptgrundsazes der Querel, daß sie auf Seiten des Klägers stets das ganze Testament samt Enterbungen und Legaten rescindiren und die ganze Intestaterbfolge herbeiführen muß, wenn der Kläger auch nur einen Theil eingeklagt hat. Denn die L. 8. §. 8. D. de inoffic. testam. [148]), auf die man sich zur Unterstüzung jener irrigen Ansicht beruft, spricht theils überhaupt zunächst nicht von den Folgen des Sieges in der Querel, sondern nur von der Größe und Berechnung des Pflicht-

---

146) Durch die Umstoßung des Testaments wird im ersten Falle das Legat, im zweiten die Enterbung entkräftet. Vgl. L. 20 pr. D. de B. P. C. T.

147) Z. B. Glück Pand. Comm. Bd. 7. S. 431—36. Mühlenbruch Doctr. Pand. Tom. III. §. 772. not. 12. und im fortgesezten Glückschen Commt. Bd. 35. S. 393. 415. Francke Notherbenrecht S. 257. 274. Keiner von diesen Schriftstellern bewegt sich aber mit der Sicherheit voller Consequenz in der Durchführung seiner Meinung. Mühlenbruch S. 434. fühlt selbst, daß L. 6. §. 1. h. t. nicht wohl zu seiner Meinung passe, dasselbe hätte er auch L. 19. D. eod. zugestehen sollen, wo doch geradezu gesagt wird, daß der, welcher nicht selbst zur Querel berechtigt war, weil er den Pflichttheil im Testament erhalten hatte, am Siege des Querulanten nach seiner Intestaterbportion Theil nehme.

148) Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, uidendum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papinianus respondit. et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes; ex uno plures, tres puta, ex uno unus; unicum sescuncia, unum ex illis, semuncia querela excludit.

theils, durch dessen Hinterlassung ein Notherbe von der Querel ausgeschlossen wird [149]), theils ist die indirecte Hindeutung auf die Folgen des Sieges, welche allerdings in ihr liegt, umgekehrt für uns. Ulpian sagt nemlich: Wenn zwei Kinder vorhanden sind, von denen das eine exheredirt ist und sich darüber auch nicht beschwert [150]), wird dann der Pflichttheil, (der damals noch ein Viertheil der Intestatportion betrug,) für den Andern ein Viertheil von der Hälfte oder von der ganzen Erbschaft betragen müssen? mit andern Worten: ist jener Exheredirte, um den Intestaterbtheil des andern zu bestimmen, als Intestaterbe mit zu rechnen oder nicht? Und er entscheidet sich für das erstere, als Bestätigung hinzufügend, daß wenn eines von zwei enterbten Kindern die Querel anstelle, es doch nur seine Hälfte einklagen könne. Dieser Zusaz, da er zum Beweise der vorhergehenden Behauptung dienen soll, kan offenbar keinen andern Sinn ha-

149) Daß dieses der Fall sei, wird Niemand bestreiten, der die vorhergehenden und nachfolgenden Paragraphen liest: überall ist von der Frage, ob Jemand zur Querel zugelassen sei, und bei dieser Gelegenheit von der Frage, wie viel der ihm zu hinterlassende Pflichttheil betrage, die Rede. Manche Neuere, z. B. Francke Notherbenrecht S. 213—15 und die daselbst citirten Schrader und Schweppe betrachten als Hauptgegenstand der Stelle die Frage: auf wie viel der Notherbe, der einen exheredirten Mitnotherben habe, die Querel anstellen dürfe? Aber dieses widerspricht völlig dem Zusammenhange. Auch würde dann der Schluß der Stelle zu dem Vorangegangenen nicht passen, (denn am Schlusse ist offenbar von der Größe des Pflichttheils die Rede) und die Worte et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere überflüssig sein, da sie dasselbe sagten, was mit dem vorhergehenden et utique faciet schon gesagt war.

150) Diese Worte qui non queritur fügt der Jurist hinzu, um den Fall möglichst bedenklich zu machen. Wenn der Exheredirte auch querulirte, so würde Niemand leicht auf die Idee kommen, ihn bei Bestimmung des Pflichttheils des Andern unberücksichtigt zu lassen. Dies gegen Franke a. a. O., der ohne allen Grund dazu versteht, quia portio debita ei legato relicta est. Warum er nicht querulirt, ist ganz gleichgültig. Vor allem dachte Ulpian wohl an eine iusta exheredatio. Francke'n tritt übrigens auch Mühlenbruch im Commentar Bd. 35, S. 404 bei.

ben als diesen: daß der Exheredirte in der Lehre vom Pflichttheile nicht als gar nicht existirend betrachtet werden dürfe, sondern sein Intestaterbrecht bei Feststellung des Pflichttheils seines Bruders anerkant werden müsse, zeige sich am deutlichsten in der querela inofficiosi selbst, indem der Bruder mit Rüksicht darauf, daß, wenn es ihm gelingt, das Testament umzustoßen, er und der Exheredirte zusammen Intestaterben sein werden, seine Querel nur auf die Hälfte der Erbschaft richten dürfe. Mithin bestätigt die Stelle, richtig verstanden, umgekehrt unsere Ansicht.

Nur in Einem Falle kan es Bedenken erregen, ob ein ausgeschlossener Notherbe in Folge des Sieges eines andern mit ihm die Intestaterbfolge theilen werde: wenn nemlich von zwei ausgeschlossenen Notherben, die beide die Querel anstellten, der eine unterlag, der andere siegte. Man könnte auch hier behaupten, daß in Folge des Sieges des Andern der früher Unterlegene Intestaterbe werden, jedoch wenn er gegen den eingesezten Erben oder irgend einen andern klagt, rei iudicatae exceptione zurükgewiesen werden werde. Richtiger ist es indessen, zu sagen, daß durch die beiden res iudicatae zwei entgegengesezte Annahmen ipso iure festgestellt seien, so daß der eine, welcher durchdrang, ipso iure Intestaterbe geworden, der andere aber, welcher unterlag, ipso iure durch den Testamentserben ausgeschlossen geblieben ist. Denn da beide Erbfolgen ipso iure eintreten und auch beide Erkentnisse gleiches Recht gegen einander haben, so ist die Wirkung, welche das siegreiche Erkentnis auf Seiten der Intestaterben hervorbringt, doch für den früher Unterlegenen durch die Gewißheit, daß seine Erbportion von dem Testamentserben eingenommen wird, ausgeschlossen [151].

151) Er verhält sich also ähnlich wie ein heres ex nulla parte institutus L. 17. §. 3. L. 19. D. de hered. instit. — Die Richtig-

Obgleich nun aber so das Resultat zum Vorschein komt, daß der eine Testaments= der andere Intestaterbe ist, so liegt in dem Hergange doch keine Abweichung, sondern eine Befolgung unserer Regel, denn gegen den Unterlegenen ist die völlige Gültigkeit, für den Sieger die völlige Ungültigkeit des Testaments ausgesprochen worden. Vermöge des lezten Urtheils wird die völlige Intestaterbfolge eröfnet, vermöge des ersten behält das Testament durchaus seine Kraft. Beide hinsichtlich der Erbfolge in solidum eintretenden Ansichten wirken aber hinsichtlich der Erbschaft jede nur für einen Theil derselben.

Wie besteht es nun aber mit unserer Regel, daß in dem Falle, wo der Kläger einen eingesezten Notherben gegen sich hat, doch auch auf seiner Seite das Testament nur pro parte rescindirt werden soll? Weil dieser Fall der schwierigste ist, verschieben wir die Antwort darauf einstweilen und betrachten erst das Verhältnis des Beklagten.

Auf dessen Seite, sagten wir vorhin, wirke die vom Richter ausgesprochene Rescission immer nur für den Theil, zu welchem der Beklagte Erbe aus dem Testamente ist, so daß also, wenn der Notherbe, der vielleicht einziger Intestaterbe ist, gegen einen von mehrern Testamentserben gesiegt hat, der andere für seinen Theil immer noch ipso iure heres ex testamento bleibt, bis auch gegen ihn geklagt und erkant ist. Dieses scheint auf den ersten Blik inconsequent; man erwartet, daß eben so wie auf Seiten des Klägers die auf Nichtigkeit des Testaments gestüzte Intestaterbfolge die eigentliche res in iudicium

---

keit der vorstehenden Beurtheilung bezeugt auch L. 29. pr. D. de exc. rei iudic., wonach, wenn der eine von zwei Notherben gesiegt hat, doch die Freilassungen im Testament ipso iure gelten, was nicht möglich wäre, wenn nicht das Testament selbst ipso iure gültig geblieben wäre.

deducta ist, gleichviel ob der Kläger zu einem Theile oder für's Ganze Intestaterbe ist, eben so auch auf Seiten des Beklagten oder des Testaments es zunächst darauf ankomme, ob überhaupt das Testament gelte und daß folglich dessen Rescission, auch wenn der Beklagte nur zu einem Theile Testamentserbe ist, schlechthin für alle Testamentserben gelten müsse. Aber dieses ist nur scheinbar, wie sich aus der Natur des Processes leicht zeigen läßt. Wenn nemlich der Richter erkennt, so erkennt er (abgesehn von Exceptionen) nie darüber, ob der Beklagte ein Recht habe, sondern darüber, ob das Recht, welches der Kläger behauptet, gegründet sei; denn dieses spricht die Intention aus. Wenn er dieses klägerische Recht anerkennt, so wird freilich der Beklagte verurtheilt, dasjenige, oder dessen Geldeswerth herauszugeben, durch dessen Vorenthaltung er das Recht des Klägers beeinträchtigte; aber nur immer wegen des gegen ihn anerkanten Rechts des Klägers. Wäre nun das Proceßobject von der Art, daß es nur in solidum geleistet werden könnte, so würde freilich die richterliche Verurtheilung auf dessen Herausgabe ebenfalls so wirken, daß die, welche mit dem Beklagten in gleichem Verhältnis standen, sie als res iudicata anerkennen müßten, z. B. eine Servitut ist gegen Einen Miteigenthümer des dienenden Grundstüks vindicirt und vom Richter anerkant, so werden auch die übrigen Miteigenthümer dadurch gebunden. Aber dies geschieht nur wegen der Untheilbarkeit des Klageobjects. Ist dieses nicht untheilbar, so bleibt es bei der Regel, daß von Seiten des Beklagten nicht ein selbständiges Recht, sondern nur dasjenige in litem deducirt wird, wodurch er dem Kläger Unrecht thut. So nun hier, wo der Beklagte hauptsächlich nicht deshalb belangt wird, weil er sich auf das Testament stüzt, sondern weil er pro herede besizend dem Kläger einen Erbschaftstheil vorent-

hält, wobei sein Titel, vermöge Testamentserbrechts zu besitzen, zwar auch nothwendig ist und die hered. pet. ex causa inofficiosi von der gewöhnlichen hered. pet. ab intestato unterscheidet, aber doch nur eine secundäre Bedeutung hat [152]). Wir könnten daher das Verhältnis nach dem oben festgestellten Sprachgebrauch so ausdrücken: Auf Seiten des Klägers wird die untheilbare familia, das Successionsrecht, auf Seiten des Beklagten die theilbare hereditas hauptsächlich in litem deducirt und folglich präjudicirt des Urtheil gegen den einen Testamentserben den übrigen keineswegs. Hieraus ist nun klar, daß wenn aus diesem Grunde ein Notherbe zu einem Theile Intestaterbe wurde, darin auch ganz und gar kein Verstoß gegen unsere Regel war. Das Centumviralgericht erklärte zu Gunsten des Klägers das Testament durchaus für nichtig; weil die Erklärung aber nur in einem gerichtlichen Urtheile vorkam, konte sie nichts weiter bewirken, als daß in Folge davon der Belangte aufhörte, Erbe zu sein, und sein Erbtheil als dem Kläger zustehend erkant wurde. Für die übrigen Testamentserben dagegen, wider die ein solches Erkentnis nicht gefällt war, blieb die Testamentserbfolge vollständig gültig, nur daß diese Gültigkeit sich auch wieder da nicht behaupten konte, wo der neue Rescissionsgrund durch res iudicata eingetreten war. So schoben sich also zwei Systeme der völligen Gültigkeit

---

152) Dieses folgt von selbst daraus, daß die querela inofficiosi testamenti eine hereditatis petitio ist, die nur secundär durch den Antrag auf Rescission qualificirt wird. Eben so muß also auch auf Seiten des Beklagten das pro herede uel possessore possidere das Hauptsächliche, seine Eigenschaft als Testamentserbe das Secundäre sein. Auch geht dieses aus L. 1. C. de inoffic. testam. hervor, der einzigen Stelle, welche über das Verhältnis des Beklagten in diesem Processe etwas Ausdrükliches enthält. Nur muß man nicht übersehn, daß das, was der Beklagte hier besizt, die Erbschaft selbst ist, daß er also stets als iuris possessor (denn die Erbschaft ist etwas Unkörperliches) in Anspruch genommen wird. Vgl. L. 1. §. 3. D. si pars heredit.

und der völligen Richtigkeit über einander, dermaßen, daß von jedem eine Portion der Erbschaft ergriffen wurde [153]).

Es bleibt nun noch der vorhin ausgesezte allerdings schwierigste Fall übrig, daß der Erblasser den einen Notherben allein oder mit Andern eingesezt, den andern lieblos ausgeschlossen hat. Wir wollen von dem einfacheren Falle, daß Ein Notherbe zum einzigen Erben eingesezt ist, ausgehn, und ihn mit Rüksicht auf die bekannte L. 19. D. de inoffic. testam. juristisch zu entwickeln suchen. Soll hier der Uebergangene die ganze Erbschaft oder seinen Intestaterbtheil einklagen? Soll er das Testament ganz oder nur für seinen Theil umstoßen? Zunächst möchte man nach der gewöhnlichen Regel zu der Meinung geneigt sein, daß, da hier der Beklagte die ganze Erbschaft besizt, und folglich von seiner Seite kein Grund zur blos partiellen Vernichtung der Testamentserbfolge eintritt, die Rescission auch ganz erfolgen und somit beide Intestaterben werden müßten. — Allerdings müßte man diesen Erfolg annehmen, wenn es dem Kläger zufällig gelungen wäre, das ganze Testament zu rescindiren. Denn das läßt sich nicht behaupten, daß, indem der Beklagte die Gültigkeit des Testaments gegen ihn verfocht, er damit seinem Intestaterbrecht entsagt habe und dieses dem Kläger zugewachsen sei; denn da für den Beklagten blos die Testamentserbfolge deferirt war, so konte er von seinem Standpuncte aus der Intestaterbfolge, die ihm nicht deferirt war, nicht entsagen: daß er sich aber auf den Standpunct des Klägers stellen und danach beurtheilt werden sollte, ist unbillig und selbst unmöglich, weil seine Lage als Beklagter von selbst den entgegengesezten Standpunct mit sich

153) Eine ähnliche Vorstellung hatte A. Faber error. Pragm. Dec. 49. err. 1., wenn er sagt, das Gesez nehme hier gleichsam die Existenz zweier Erbschaften an.

bringt [154]). Allein aus dieser Deduction selbst folgt, daß man den Kläger nicht dazu lassen dürfe, in diesem Falle das ganze Testament umzustoßen. Denn wenn nach Rescission des Testaments dem Eingesezten auch sein Recht bleibt, die Erbschaft zu seinem Intestaterbtheile anzutreten, so darf jedenfalls der Ausgeschlossene nur seinen Intestaterbtheil, nicht die ganze Erbschaft in der Querel verlangen [155]). Darf er aber nur dieses, so läßt sich aus der Natur der Querel leicht weiter zeigen, daß der Eingesezte auch nur so weit der Intestaterbtheil des Klägers reicht, die Testamehtserbschaft auf anfechtbare Weise besizt, und indem er in so weit für Nichterbe erklärt wird, er für das Uebrige umgekehrt als Testamentserbe anerkannt werden muß. Die Querel beruht nemlich nicht darauf, daß der Erblasser überhaupt testirt hat — vielmehr verlangt selbst das Notherbenrecht eine Disposition zu Gunsten des Notherben, sondern darauf, daß er auf lieblose Weise gegen den Kläger testirt hat, indem er ihm nicht den billigen Theil von seinem Vermögen hinterließ, und durch diese lieblose Zurükhaltung einer billigen Bedenkung wird erst die Intestaterbfolge, welche eine solche Ungerechtigkeit nicht begeht, berechtigt, mittels der Querel gegen den aus dem

154) L. 19. cit. — — Ceterum si quis putauerit, filia obtinente totum testamentum infirmari: dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem nec enim quae ex testamento adiit, quod putat ualere, repudiare legitimam hereditatem uidetur, quam quidem nescit sibi deferri (vgl. L. 17. §. 1. D. de acquir. uel omitt. hered.) cum et hi (sogar diejenigen) qui sciant, ius suum (hier die Intestaterbfolge) eligentes id quod putant sibi competere (d. i. die Testamentserbfolge), non amittant; quod euenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est (er hat ein Legat aus dem Testament des Freigelassenen in der irrigen Meinung, daß es die Hälfte der Erbschaft betrage, angenommen); is enim non uidetur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse (L. 8. pr. §. 1. L. 46. D. de bon. libert.).

155) L. 19. cit. — Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam uindicare: cum rescisso testamento etiam institutae saluum ius sit adeundae hereditatis.

Testament besizenden Erben sich geltend zu machen. Wenn also der Erblasser den einen Notherben einsezte, den andern übergieng, so hat der erstere für den Theil, der ihm ab intestato zukam, die testamentarische Erbschaft nicht nur nicht auf solche Weise inne, daß die Intestaterbfolge aus dem Grunde der Inofficiosität dadurch verlezt erschiene, sondern auf solche Weise, daß die Inofficiositätsquerel nach ihren eigenen Grundlagen diesen Erbtheil als Testamentserbschaft des Belangten anerkennen muß. Und hiernach muß nun auch das richterliche Erkenntnis sich richten. Dieses darf also nicht dabei stehen bleiben, das Testament überhaupt zu rescindiren und demgemäß namentlich für den Kläger die Intestaterbfolge zu eröfnen sondern es muß zugleich die Testamentserbfolge des Beklagten für seinen Intestaterbtheil anerkennen; so daß, wenn hinsichtlich des Klägers die Intestaterbfolge eröfnet wird, sie doch durch gleichzeitiges Anerkennen der Testamentserbfolge des Beklagten für diesen und folgeweise auch für alle anderen [156]) wieder verschlossen wird. Und dieses ist nun auch die Behandlungsart, welche die Römer auf solche Fälle anwandten [157]).

Enthält nun aber hier nicht das richterliche Urtheil einen Widerspruch gegen unsere Regel? Es wird ja zu gleicher Zeit erkant für den einen Theil, daß der Erblasser testirt, für den andern, daß er nicht testirt habe. Auch Paulus scheint das Gewicht dieses Einwandes gefühlt zu haben, da er ihn ausdrüklich hervorhebt [158]).

---

156) Denn wenn nun durch diesen Proceß das Testament noch nicht ganz umgestoßen ist, so wird allen andern Intestaterben außer dem Kläger nach der gewöhnlichen Regel die Intestaterbfolge noch nicht deferirt.

157) Vgl. die oben Note 140 angeführten Stellen.

158) L. 19. cit. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur. Eben

Allein er erledigt sich auf ähnliche Weise, wie in dem Falle, wo ein Notherbe einen von mehren Testamentserben belangt hat. So wie da das Testament deshalb zum Theil bestehn bleibt und alle übrigen außer dem Kläger von der Intestaterbfolge ausschließt, weil das richterliche Urtheil für die übrigen nicht belangten Testamentserben nicht wirken kan, so hier deshalb, weil in dem Testamentserben, indem die Querel angestellt wird, die Beklagtenqualität bestimmend ist und vermöge dieser sein Testamentserbenstand durch die Querel selbst anerkant werden muß, so daß er dadurch verhindert wird, auf die Seite des Klägers zu treten, und hier an der eröfneten Intestaterbfolge Theil zu nehmen. So wie aber dort der Erblasser für den Kläger als durchaus untestirt angenommen wurde, dieses jedoch nur für einen Theil der Erbschaft wirkte, eben so gilt auch hier das ganze Testament hinsichtlich des Klägers für nichtig, so jedoch, daß die gleichzeitige Anerkennung des Testamentserbrechts des Beklagten die Wirkung dieser Rescission auf einen Theil beschränkt. Ganz genau gefaßt können wir also sagen: Für den Kläger gilt durchaus Intestaterbfolge, aber so, daß dies nur die ihm zukommende Hälfte erleuchtet, die andere dunkel läßt; und für den Beklagten gilt umgekehrt durchaus Testamentserbschaft, aber so, daß nur die dem Beklagten zustehende Portion von ihr er-

---

darauf geht im Grunde auch schon der Anfang des Responses. Paulus sagt: in dem gedachten Falle muß die Tochter vindiciren, was ihr ab intestato gebührt. Wenn nun aber Intestaterbfolge eintreten soll, so muß diese ganz eintreten, und wenn sie ganz eintrit, so scheint sie wieder nur für die Klägerin eintreten zu können, da die andere Tochter die Querel nicht anstellen will. Daher könte man sagen (Itaque dici potest) u. s. w. Jene Mittelgedanken hat Paulus hier, wie öfter, weggelassen. Andern Auslegern hat das Itaque große Schwierigkeiten gemacht. Vgl. Francke a. a. O. S. 262. Mühlenbruch P. Commt. Bd. 35. S. 430.

leuchtet bleibt, die andere durch die vom Richter eröf- nete Intestaterbfolge ihrer Wirksamkeit entzogen wird. Jeder von beiden Erben hat für sich die familia (testamentaria, legitima) in solidum, von der hereditas aber nur den einen Theil, der andere ist bei seinem Gegner. Das Gesamtresultat aber ist durch das richterliche Urtheil hervorgebracht. Folglich liegt auch in diesem Falle keine Abweichung von dem regelmäßigen Rechte.

Der zweite Fall, von welchem eigentlich L. 19. D. de inoffic. test. handelt, nehmlich daß ein Notherbe und ein Fremder eingesezt sind, gegen welche ein lieblos ausgeschlossener Notherbe auftrit, ist von dem vorigen nicht wesentlich verschieden. Wenn eine Mutter die eine Tochter zu einem Viertheil, einen Fremden zu drei Viertheilen eingesezt und eine andere Tochter übergangen hat, so folgt aus der Entwickelung des vorhergehenden Falles, daß auch hier 1) die Uebergangene nicht die ganze Erbschaft fordern kan, indem die Intestaterbfolge nicht völlig eröfnet ist und daher auch das ius accrescendi für sie nicht eintreten kan; 2) daß die Uebergangene also nur ihren Intestaterbantheil einklagen, dieses aber auch nur 3) gegen den Fremden geschehen kan, weil ihre eingesezte Schwester in ihrem Viertheil ein von der Querel selbst anzuerkennendes testamentarisches Erbrecht inne hat; 4) daß also von dem Fremden die ganze Hälfte, welche der Uebergangenen ab intestato zusteht, einzuklagen ist — während sonst alle der Erbschaft obliegenden Verminderungen pro rata von allen Portionen entnommen werden [159]); 5) daß aber der Fremde das übrige Viertheil

159) L. 19. cit. — Sed non est admittendum, ut aduersus sororem audiatur agendo de inofficioso: Praeterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit: et ideo ab extraneo semissem esse auferendum quasi semis totus ad hanc pertineat.

behält, denn die Uebergangene kan ihm nicht mehr als die Hälfte abfordern aus dem vorhin schon angeführten Grunde; noch weniger aber kan es die Eingesezte; denn ihr steht überhaupt keine Querel zu. So macht der Fremde einen Vortheil, welcher selbst wieder auf der Regel Nemo pro parte testatus etc. beruht, indem der Eintrit der Intestaterbfolge für sein übriges Viertheil durch das Gültigbleiben des Testaments hinsichtlich des eingesezten Notherben verhütet wird. Wie aber auch hier wieder das richterliche Urtheil ganz nach Art des vorigen Falles unserer Regel getreu bleibt und nur in seinen Wirkungen durch die res iudicata ihr einen scheinbaren Abbruch thut, braucht nicht besonders entwickelt zu werden.

Die ganze bisherige Auseinandersezung über die querela inofficiosi testamenti wird noch mehr ins Licht treten, wenn wir dieses Rechtsmittel mit der ihm nachgebildeten querela inofficiosae donationis vergleichen. Mit Recht bemerkt Francke [160]) über diese Klage, daß sie zur Zeit der sinkenden Jurisprudenz durch einzelne Rescripte in einzelnen Fällen zugelassen, erst später, jedoch schon um Constantins Zeit, ihre volle und bestimmte Ausbildung erhalten habe. So wurde sie namentlich in dem ersten Rescript, welches ihrer Erwähnung thut [161]), nur als eine Erweiterung der querela inofficiosi testamenti betrachtet, durch welche das, was in fraudem dieser Klage geschehen wäre, ebenfalls umgestoßen werden sollte [162]). Dieser Ansicht war es denn auch gemäs,

160) Das Recht der Notherben §. 42. S. 499 flg.

161) Von Alexander: L. 87. §. 3. 4. D. de leg. 2.

162) Man achte auf die Worte in L. 87. §. 3. cit.: Si liquet tibi — interuertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus — exinanisse — der Fall ist also dem ganz ähnlich, wo Jemand, um die lex Furia Caninia zu umgehen, auf dem Todtenbette über die gesezliche Zahl hinaus manumittirt. Gai. epit. I, 2. §. 3.

nicht blos soweit der Pflichttheil reicht, sondern die ganze inofficiose Schenkung ungültig werden zu lassen [163]). Wie komt es nun aber, daß, sobald das Eigenthümliche der inofficiosen Schenkung erkant und von der Gesezgebung aufgenommen war, man nicht mehr die ganze Schenkung, sondern blos soweit als sie den Pflichttheil beeinträchtigte, rescindirte [164]), während hinsichtlich ihres Urbildes, der querela inofficiosi testamenti, immer noch das alte Recht fortbestand? Dieses erklärt sich nur durch die Annahme, daß die querela inofficiosi testamenti unter dem Einflusse unserer Rechtsregel stand, die dagegen auf die Schenkungen, als ein Geschäft inter uiuos und über einzelne Sachen des Vermögens [165]) keine Anwendung litt. Die Sache steht nehmlich so: Wer sich über ein liebloses Testament beschwert, hat eigentlich nur einen Anspruch auf seinen Pflichttheil und sollte daher eigentlich auch nur soweit das Testament rescindiren können. Aber dieser natürliche Weg wird nicht eingeschlagen, weil nach unserer Rechtsregel die Testamentserbfolge untheilbar ist und der Querulant, wenn er die Ungültigkeit nur für einen Theil der Erbfolge behaupten wollte, etwas Absurdes intendiren würde [166]). Ganz anders mit einer Schenkung; diese ist, wie alle Uebertragungen einzelner Sachen, theilbar, sie kan zum Theil gelten, zum Theil nicht gelten, wie z. B. wenn über das gesezliche Maaß ohne Insinuation

163) Oder, wenn einem gleichberechtigten Intestaterben geschenkt war, die Hälfte (so in L. 87. §. 3. cit. Francke a. a. O. S. 523 flg.); genug, eben so viel als mit der querela inofficiosi testamenti umgestoßen werden konte.

164) L. 2. 5. 7. 8 pr. C. de inoffic. donatt. L. un. C. de inoffic. dotib. Nou. 92. c. 1. pr.

165) Es braucht wohl kaum die Bemerkung wiederholt zu werden, daß wenn auch das ganze Vermögen geschenkt ist, dieses doch nur als eine singularum rerum alienatio et acquisitio zu betrachten ist. Vgl. Note. 29.

166) Vgl. oben S. 342.

geschenkt worden ist [167]. Ist also die Schenkung inofficios, so trit auch kein Grund ein, jenen natürlichen Weg zu verlassen, und dieser ist auch, nach der jezt wohl allgemein angenommenen Meinung [168], in allen Verordnungen, wenigstens seit Constantin, befolgt worden. In der That wäre es nun gar nicht zu erklären, wie man eine solche theilweise Rescission des inofficiosen Geschäfts ad modum legitimae bei Schenkungen hätte zulassen, bei Testamenten dagegen zurükweisen können, wenn auch Testamente theilweise hätten rescindirt werden können, d. h. wenn die Regel Nemo pro parte bei inofficiosen Testamenten eine Ausnahme erlitten hätte [169].

So viel von der Inofficiositätsquerel als einer angeblichen Ausnahme von unserm Grundsaze, die wir nicht verlassen können, ohne darauf aufmerksam zu machen, wie völlig fehlsam sich hier die Gansische Begrifsentwickelung zeigt. Freilich durfte sich diese nicht so viel Mühe nehmen, das Labyrinth dieser einzelnen Fälle zu durchwandern. Sie war vermöge des dem Röm. Erbrecht beigelegten Begrifs bald damit fertig zu sagen: „das Notherbenrecht ist gerade die Identität des Systems der Willkür und der Familie; es ist der Punct, worin Testament- und Intestaterbschaft gerade das Bestreben haben, zusammenzukommen. Da nun die Rechtsregel schlechthin den Gegensaz des Testaments und der Familie ausdrükt, so hat es nur einen Sinn, daß sie da nicht statt habe, wo eben davon die Rede ist, daß dieser Gegensaz aufhöre [170].“ Aber mit dieser Allgemeinheit wird

---

167) L. 21. D. de donatt. L. 34 pr. L. 36. §. 3. C. eod.

168) Francke a. a. O. S. 521 flg. Mühlenbruch Doctr. Pand. Tom. III. §. 774. not.

169) Den wesentlichen innern Unterschied zwischen inofficiosem Testament und inofficioser Schenkung hat auch Francke a. a. O. S. 531 flg. richtig angedeutet.

170) Gans a. a. O. Bd. 2. S. 461.

es schwer werden zu begreifen, weshalb in einigen Fällen das ganze Testament umgestoßen und das ius accrescendi zugelassen, in andern nur ein Theil ab intestato vererbt und das ius accrescendi ausgeschlossen wird: noch schwerer, wie es komme, daß die Centumvirn bei Beurtheilung von Inofficiositätsfällen doch immer unsere Regel befolgten. Und mit der Versicherung, daß diese Specialitäten nichts „Gedankenmäßiges," sondern blos Zufälliges enthielten, wird sich der nicht zufriedenstellen lassen, welcher auch außerhalb eines in die Sache hineingetragenen Begrifs Vernunft in ihr zu finden gemeint ist.

Nicht minder würde diese Erklärung in großes Gedränge kommen, wenn ihr andere Fälle vorgelegt würden, die keineswegs das Notherbenrecht betreffen, in denen aber ebenfalls durch Einwirkung des richterlichen Urtheils für verschiedene Personen, welche dieselbe Erbschaft aus entgegengesezten Gründen in Anspruch nehmen, eine Concurrenz von Testaments- und Intestaterben herbeigeführt werden kan [171]. Man seze den Fall: der Intestaterbe belangt mit der gewöhnlichen hered. petitio einen von den Testamentserben und siegt, so ist er ohne Zweifel für diesen Theil als legitimus heres zu betrachten, während die übrigen Testamentserben noch als solche gelten und vielleicht, wenn der Intestaterbe in der Klage gegen sie unterliegt, in ihrem Testamentsrechte noch bestätigt werden. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß hier ganz dieselben Rechtsgrundsäze gelten müssen, wie bei der Inofficiositätsquerel. Daher man auch behaupten muß, daß

171) Gans a. a. O. S. 460 nimt Papinians Worte in L. 15. §. 2. D. de inoffic.: nec absurdum uidetur pro parte intestatum uideri so und muß sie nach seinem Systeme so nehmen, als wenn damit gesagt wäre, daß „gerade hier keine," sonst aber überall eine Absurdität nach Röm. Principien in der theilweisen Concurrenz von Intestat- mit Testamentserben liege.

wenn einer von mehren Intestaterben gegen den ex asse eingesezten Erben die Nichtigkeit des Testaments erwiesen hat, damit auch den übrigen Intestaterben der Weg der gesezlichen Erbfolge eröfnet ist. Selbst der Fall läßt sich denken, daß in demselben Rechtsstreit für einige Kläger die Intestaterbfolge, gegen andere die Testamentserbfolge des Besizers anerkant werden muß, wenn z. B. allen ein Eid, daß der Erblasser wahnsinnig oder gezwungen testirt habe, referirt ist und einige schwören, andere verweigern ihn; oder wenn mehre Testamentserben von den Intestaterben belangt werden, und diese schieben jenen einen Beweiseid zu, der von einigen der Beklagten geleistet, von andern abgelehnt wird [172]). Wenigstens würde hier unser Proceßrecht, welches an den Beweis formelle und materielle, vom richterlichen Ermessen unabhängige Parteirechte knüpft, auf dieses Resultat führen. Denn nach älterem Röm. Beweisrechte würde eine solche Theilung der richterlichen Ueberzeugung schwerlich zulässig gewesen sein. Wenn übrigens über alle Fälle dieser Art in unsern Rechtsquellen keine Aussprüche der ältern Juristen *aufgenommen* sind, so erklärt sich dieses theils aus den Streitigkeiten, welche unter den Röm. Juristen über das Verhältnis von Kläger und Beklagten in der hereditatis petitio und über den Einfluß des richterlichen Urtheils auf dasselbe geführt wurden [173]), theils aus der mehr processualischen Natur der hier eintretenden Fragen, deren Entscheidung man dem richterlichen Ermessen überließ.

Ein lezter Fall, in welchem die Testamentserbfolge nur für einen Theil einzutreten scheint, ist der, daß mit-

---

172) Von dieser Art ist der von Seuffert im Archiv für civilist. Prax. Bd. 3 No. XV. vorgetragene und gründlich behandelte Fall.

173) Nach Justinians Versicherung in L. 12. C. de petit. hered.

unter nur über einen Theil des Vermögens zu testiren Jemanden verstattet ist, z. B. dem seruus publicus populi Romani der bis zur Hälfte über sein peculium testiren darf [174]), dem verurtheilten stupratus, dem die Hälfte seines Vermögens genommen und nur über die Hälfte zu testiren erlaubt wird [175]). Allein auch hier wird nicht sowohl über einen Theil testirt, als über das Ganze, aber so, daß dieses Ganze nur aus diesem Theile besteht. Bei dem seruus publicus ist dieses ganz offenbar, denn da er eigentlich gar keine familia hinterläßt, so hat bei ihm das gedachte Privilegium keine andere Bedeutung, als daß die Hälfte seines Peculium als eine durch Testament unvererbbare familia angesehn werden soll. Auf diesen Fall ist aber der andere wieder zurükzubringen, den man so verstehen muß, daß nicht nur zur Zeit des Urtheils dem Schuldigen die Hälfte seines Vermögens entzogen werden, sondern auch zur Zeit seines Todes die Hälfte des alsdann vorhandenen Vermögens an das Aerarium fallen soll. Dies heißt nehmlich so viel als: es wird fingirt, daß der Verbrecher durch das Urtheil ein seruus publicus geworden, dem es nur gestattet sei, als ciuis Romanus zu leben [176]), woraus folgt, daß wenn er stirbt, er

---

174) Vlp. 20, 16. Seruus publicus populi Romani partis dimidiae testamenti faciendi ius habet. So lies't die Bonner Ausgabe nach Hugo's Vorgange, der übrigens auch vorschlägt, aus partis dimidia, wie in der Handschrift steht, mit Cujacius parte dimidia zu machen und noch ein pro davor zu sezen. Dieses würde lateinisch sein, (was partis dimidiae schwerlich ist, vgl. jedoch L. 13. C. de testam mil.) und sich noch dadurch empfehlen, daß pro als Sigle geschrieben wegen der vorhergehenden Sigle P. R. leicht ausfallen konte. Noch besser wäre aber vielleicht ad partem dimidiam, zumal da solche Zugeständnisse gewöhnlich beschränkend ausgedrükt werden.

175) Mos. et Rom. L. L. Collat. 5, 2, 2 oder Paull. S. R. II, 26. §. 13.

176) Also ähnlich wie in den Fällen bei Gai. 3, 56. 72.

auch nur die Hälfte seines Vermögens als familia durch Testament vererben kan [177]).

Die Richtigkeit unserer Ansicht über diese Fälle wird bestätigt durch die Art, wie sich die Römer über das mit einem Testament hinterlassene castrense peculium eines filiusfamilias äußern. Obgleich auch dieses eigentlich nur einen Theil der Hinterlassenschaft ausmacht, wenn der filiusfamilias noch andere Peculien hatte, und folglich dieser Fall dem vorhin genanten ganz gleich steht, so betrachten die Pandectisten diesen Theil doch als eine in sich abgeschlossene uniuersitas, für welche der filiusfamilias als paterfamilias angesehn wird und stellen sie durchaus der hereditas gleich [178]).

Wiederum erläutert sich aus diesen Fällen ein anderer, der dem prätorischen Rechte angehört und in diesem eine Ausnahme von dem Grundsaze bildet, daß die C. T. B. P. nicht mit der S. T. B. P. concurriren könne. Wenn ein Freigelassener testirt (oder ein Kind, welches ihn ab intestato beerbt, adoptirt) und dem Patron nicht die Hälfte seiner Güter hinterlassen hat, so steht diesem bekantlich eine dimidiae partis B. P. zu, während die eingesezten Erben die S. T. B. P. auf die übrige Hälfte behalten [179]). Diese C. T. B. P. ist eine wirkliche prätori-

177) Aehnlich ist auch der Fall eines Soldaten, der wegen eines militärischen Delicts zu einer Capitalstrafe mit dem Vorbehalt verurtheilt ist, über sein castrensisches Vermögen testiren zu dürfen. L. 6. §. 6. D. de iniust. rupt. L. 11. pr. D. de testam. milit. L. 13. C. eod. Glück's Pand. Comm. Bd. 34. S. 69—76. Die Ansichten darüber, ob er seruus poenae geworden sei oder nicht, sind zwar verschieden. Vgl. Finestres in Hermogenian. Epit. Lib. IV. Tom. III. p. 774. 399. Das lezte scheint aber richtiger. Er verlor sein ganzes Vermögen, und wurde auch auf den Todesfall ohne jenen Vorbehalt, durchaus als seruus poenae betrachtet, dessen Gut der Fiscus vindicirte. L. 13. C. cit.

178) Man sehe nur nach L. 2. L. 9. pr. D. de castr. pecul. L. 20. §. 10. L. 34. D. de hered. petit. L. 2. §. 2. D. famil. ercisc. Vgl. Glück's Pand. Comm. Bd. 34. S. 105 flg.

179) L. 6. pr. D. de B. P. L. 5. §. 12. D. de bon. libert.

sche per uniuersitatem successio, wie ich anderwärts dargethan habe [180]), und man kan sich daher nicht mit der Ausrede helfen, daß die S. T. B. P. eigentlich die ganze Erbschaft umfaßt und der Patron nur den Betrag der Hälfte der Erbschaft habe fordern können. Dagegen erklärt sich die Sache auf folgende Weise. Jene dimidiae partis B. P. ist allesdings weiter nichts als der natürliche Anspruch des Patrons gegen die auf unbillige Weise sich fortentwickelnde familia liberti in Form eines prätorischen Erbrechts. Da nehmlich der Freigelassene sein Vermögen außer der eigenen Betriebsamkeit der Freilassung des Patrons verdankt, so will der Prätor, daß im Falle willkürlicher Fortentwickelung seine familia mit dem Patron theile, in der Art, daß das Anrecht des Patrons nicht blos dem der eingesezten Erben gleich geachtet, sondern als Bedingung desselben betrachtet werde; denn auch die eigene Betriebsamkeit des Freigelassenen steht der Freilassung nicht gleich, sondern ist durch diese bedingt. Daher kan auch die B. P. des Patrons, der nicht hinlänglich bedacht ist, der der eingesezten Erben, oder diese der erstern nicht gleich sein, (wie die B. P. der eingesezten Kinder der der übergangenen gleich gemacht wird) sondern erstere muß als Bedingung, als nothwendiger Abzug der leztern auftreten (contra tabulas, während erstere nur secundum tabulas ist), und es ist so anzusehn, als wenn der Freigelassene eigentlich nur in der einen Hälfte seine frei vererbbare familia habe, wie der seruus publicus [181]). Somit enthält dieser Fall und die ihm

---

180) In dem Aufsaz: über den Einfluß der capitis deminutio des Patrons oder seiner Kinder auf ihr Intestaterbrecht, im neuen Rhein. Museum Nr. III. dieses Bandes.

181) Ebendaher werden auch die B. P. des Patrons und des eingesezten Erben gleichsam als verschiedene Erbschaften betrachtet und der Patron kan nie iure accrescendi über seine Hälfte hinaus

ähnlichen aus der lex Papia Poppaea eine wirkliche Ausnahme von dem Grundsaze, daß die S. T. mit der C. T. B. P. unverträglich sei; dagegen nicht auch von dem Saze, daß Nemo pro parte t. p. i. d. potest; denn auch die C. T. B. P. ist testamentarisch. Daß aber der Prätor überhaupt eine solche Ausnahme machen und die Nachlaßschuld in Form einer B. P. auftreten lassen konte, ist etwas dem Edict Eigenthümliches [182]) und erklärt sich aus der überhaupt freiern Form der prätorischen Succession, die ja auch die dem Civilrechte unbekante Trennung des Rechts contra tabulas und ab intestato möglich machte.

Daß übrigens alle vorhin gedachten civilrechtlichen Fälle dieser Art überhaupt anomalischer Natur sind und erst aus der Zeit der willkürlichen Fictionen d. h. aus der Kaiserzeit herrühren, fällt in die Augen, und wird von uns nicht geläugnet. Uns genügte es zu zeigen, daß diese Anomalie nicht eigentlich unsere Regel trift, die vielmehr, mit Ausnahme des militärischen Testaments, bis auf die spätesten Zeiten die unversehrte Grundlage des Römischen Erbrechts geblieben ist.

Nur wenige Worte haben wir über die spätere Geschichte unserer Rechtsregel hinzuzufügen.

---

etwas erhalten. L. 6. pr. D. de B. P. Aber auch wenn mehre Patrone zu der dimidiae partis B. P. concurriren und einer ausfällt, accrescirt nicht dem eingesezten Erben, sondern blos dem Patron. L. 21. D. de bon. libert.

182) Da die lex Papia Poppaea die von ihr eingeführten Notherbenrechte der Patronatberechtigten nicht blos in Form einer B. P. sondern auch der hereditas gab, so fragt es sich, wie sich hier die hereditas des Patrons zu der der eingesezten Erben verhalten habe? Ohne Zweifel accrescirte der Patron den Erben pro portione debita, wie ehemals schon die übergangenen suae und Enkel, und ward also wahrer Testamentsmiterbe. Vgl. Unterholzner in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 5. S. 103.

Schon bei Darstellung der Ausnahme von unserer Regel, welche das militärische Testament machte, ist darauf hingewiesen worden, daß die deutschen Barbaren dasselbe Subjectivitätsprincip der neuern Geschichte von außen bildeten, welches der Römische Kaiser mit seinen Soldaten im Innern darstellte. Ist diese Ansicht richtig, so folgt mit Nothwendigkeit, daß wenn die Röm. Soldaten eine Ausnahme von der Regel des alten Rechts ihres Vaterlandes machten, den deutschen Völkern diese Regel selbst ganz unbekant sein mußte. In der That geht das deutsche Recht von einer so gänzlich verschiedenen Grundanschauung des Verhältnisses der Person zu ihrem Vermögen aus, daß in ihm von jener Regel gar nicht einmal die Rede sein kan. Der Deutsche weiß nichts von der Einheit des Vermögens in der Person, die die Römer mit dem Ausdruk familia bezeichneten und ihrem Begriffe der hereditas zu Grunde legten. Vermöge jener Subjectivität, die wir nicht unpassend die germanische Freiheit nennen, können ihm nur Sachen, nicht die Person objectiv sein, wie es in der hereditas geschieht, kan die Person, die ihm selbst höchste Quelle des Rechts ist, nicht als gebunden durch das Recht gelten. Daraus folgt aber, daß er in dem Nachlasse auch keine nothwendige Einheit, die ja blos die Person in ihm bildet, sondern nur einen Inbegrif von Sachen erbliken kan. Nicht das uniuersum ius, quod defunctus habuit, sondern „mit swelkme gude die man bestirft, daz heizit alles Erve [183]).

Es gibt daher auch nach deutschem Rechte keine eigentliche per uniuersitatem successio von Todeswegen. „Der ganze Nachlaß eines Deutschen, sagt Mittermaier [184]), darf nicht als einzige unzertrennte Masse,

183) Sächs. Landr. B. I. Art. 6.
184) Grundsäze des gem. deutschen Privatr. §. 382. S. 808. 4te Ausg.

wie bei den Römern, gedacht werden; so viele getrennte Vermögensmassen, wegen welcher verschiedene Familienbeziehungen oder besondere Lasten oder besondere engere Genossenschaften vorkommen, eben so viele Erbmassen gab es auch, daher die Succession in das Stammgut, durch welches die Familie als fortlebend betrachtet wurde, nicht die nehmliche wie die in das übrige Vermögen war. Daher komt auch eine eigene Succession in das Wehrgeld vor, und bei den verschiedenen Vermögensmassen kommen nach ihrer eigenthümlichen Natur auch eigene Successionsverhältnisse vor [185])." Da somit der ganze Grund unserer Rechtsregel im deutschen Recht wegfällt, so versteht es sich von selbst und ohne daß es eines nähern Eingehens auf die deutschen Successionsgründe bedürfte, daß auch die Regel selbst ihm unbekant ist, wie auch die Lehrer des deutschen Rechts einstimmig bezeugen [186]).

Als aber das deutsche Volk herangewachsen war, gab es seinen kräftigen Leib in die Lehre des antiken Geistes, nicht zufällig, sondern weil beide für einander geschaffen waren, weil seit der Umkehr des Menschengeschlechts mit Christi Geburt, dasselbe Princip, welches die Deutschen von Natur darstellten, den antiken Geist, namentlich das Röm. Recht, geschichtlich ergriffen und unter Justinian endlich zur Reife für die neuere Geschichte gezeitigt hatte. So bestanden denn viele Jahrhunderte hindurch die Völker des neuen Europa's als romanisch-germanische, im antiken Geiste die

185) Man vergl. hier die testamentarische Succession in die bona castrensia des Röm. Soldaten, dessen übriges Vermögen vielleicht ab intestato vererbt wurde.

186) Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. §. 348 a. E. S. 812. 813. Mittermaier a. a. O. §. 384. und die daselbst Note 3—5 citirten Schriftsteller.

Allgemeinheit, in ihrer eigenen Natur die Besonderheit ihres Daseins entfaltend. Nach dieser Doppelheit ihres Bestehens galt nun auch unsere Rechtsregel zum Theil, zum Theil galt sie nicht. Sie galt, so weit nach gemeinem Rechte succedirt wurde, welches die allgemeine Regel bildete; sie galt nicht, soweit die dem deutschen Recht eigenthümlichen Institute als Erbverträge, Lehns- und Stammgutsverhältnisse zur Frage standen. Aber jener Gegensaz kämpft sich endlich zur Einheit durch; die in beiden Extremen schlummernde Uebereinstimmung, welche ihren Kampf erst möglich machte, verlangt endlich auch eine selbständige Darstellung, in welcher sie die bisherigen widerstreitenden selbständigen Factoren versöhnt zu bloßen Momenten einer höhern Einheit herabsezt. Diese Uebereinstimmung war in unserm Falle das Subjectivitätsprincip, welches auch im Röm. Rechte während der Kaiserzeit wenigstens das bestimmende geworden war, und dieses Princip, das Princip der nachchristlichen Zeit überhaupt, hat den Sieg über die bisherigen Grundsäze und mit ihm eine neue Verklärung seiner selbst gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts errungen. Keine Frage also, welches Schiksal unsere Regel in den beiden Gesezbüchern erfahren mußte, die jenen Sieg in dem Lande des Bewußtseins des Europäismus, dem ehemaligen Deutsch-Römischen Reiche, das eine für den germanischen Norden, das andere für den romanischen Süden bezeichneten.

Für Preußen hatte schon der Entwurf des Corpus iur. Fridericiani Part. II. lib. VII. tit. IV. Art. 1. §. 12. eine Umstoßung unserer Rechtsregel vorgeschlagen; doch dieser Entwurf erhielt noch keine Gesezeskraft.

Das Preußische Landrecht aber verordnet Th. 1. Tit. 12. §. 44. und 45.:

„der Erblasser kan in seinem Testamnte einen

„oder mehrere Erben zu seinem Nachlasse nach
„Gutbefinden ernennen. — Er kan auch nur
„über einen Theil des Nachlasses verordnen und
„es in Ansehung des Ueberrestes bei der gesezli-
„chen Erbfolge lassen."

Andere Stellen, namentlich §. 254. 255. und 284. schreiben vor, daß wenn der Erblasser einen Theil des Nachlasses nicht testamentarisch vererbt hat, es damit nach seinem muthmaßlichen Willen gehalten werden soll.

In Oesterreich bestimte ein Hofdecret vom 12. Juni 1789 (— fünf Tage nachher constituirte sich in Frankreich der dritte Stand als Nationalversamlung! —) daß wenn der Erblasser nur einen Theil seines Vermögens vererbt hätte, für das Uebrige Intestaterbfolge eintreten solle [187]).

Das Oesterreichische Gesezbuch aber, Art. 534., sagt allgemein:

„Die erwähnten drei Arten des Erbrechts können
„auch neben einander bestehn, so daß einem Er-
„ben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter
„Theil aus dem lezten Willen, dem andern aus
„dem Vertrage und einem dritten aus dem Ge-
„seze gebührt.

Beide Gesezgeber hoben also ausdrücklich unsere Rechtsregel auf und machten die Römische Ausnahme der

---

187) Frz Edler von Zeiller Comment. zum Oesterreich. Gesezbuch Bd. 2. S. 386. Derselbe bemerkt, daß „die liberale Oesterreichische Gesezgebung" den Saz des Röm. Rechts vorlängst verworfen und vielmehr den durch das ganze Erbrecht herrschenden Grundsaz, daß der förmlich erklärte Wille, so weit er keinem Pflichtgeseze widerstreite, genau befolgt, und wenn er nicht klar ausgesprochen sei, interpretirt werden solle, auch hier angenommen habe. Auch das heißt also so viel als: die Oesterreichische Gesezgebung ist im Testamentserbrecht von demselben Princip allgemein ausgegangen, auf welchem das militärische Testament der Römischen Kaiserzeit beruhte.

Soldaten zur Regel. In den Ländern des gemeinen Rechts, die man auch Länder des wissenschaftlichen Rechts nennen könte, besteht sie zwar noch: aber daß sie dem Wesen nach nicht hinter jenen beiden Centralreichen Deutschlands zurükgeblieben sind und nur auf ihre Weise denselben Entwickelungspunkt erreicht haben, dürfte in Verbindung mit den vielen Versuchen über unsere Rechtsregel in den lezten Jahren eben dieser Aufsaz beweisen, wenn es ihm anders gelungen ist, diese Aufgabe zu lösen.

IX.

Ueber die Convalescenz eines Schenkungsversprechens unter Ehegatten.

Von

Puchta.

Unter Ehegatten können Schenkungen mortis causa gemacht werden [1]). Von dieser aus innern Gründen angenommenen Ausnahme war nur ein Schritt zu dem nachher unter der Regierung des Septimius Severus durch ein Senatusconsult ausgesprochenen Saz, daß auch Schenkungen inter uiuos gültig werden sollen, wenn der Schenker ohne seinen Willen zu ändern vor dem Beschenkten stirbt.

---

1) L. 9. §. 2. L. 10. de don. inter uiu. Nur hat auch die m. c. donatio nicht die Wirkung, daß die geschenkte Sache schon während der Ehe auf den Beschenkten übergeht L. 11. pr. eod. Jedoch gilt diese Beschränkung nur von sonst unter Ehegatten verhinderten Schenkungen d. 25. eod. (Cujacius Obseru. 18, 15. hält in dieser Stelle die Lesart quia etsi mortis causa für die richtige, und schiebt dagegen das non im lezten Saz ein: itaque licet non mortis causa. Aber die florentinische Lesart gibt allein den Zwischensaz nam ius const. etc. seinen rechten Zusammenhang mit dem vorhergehenden. Der Gedankengang ist folgender: Wenn eine fremde Sache geschenkt wird, so wird der Beschenkte sofort Usucapionsbesizer, auch wenn nicht mortis causa, sondern inter uiuos geschenkt ist. Denn eine solche Schenkung gehört nicht zu den verhinderten. Wenn also jene Schenkung schon inter uiuos gültig ist, so muß sie, wenn sie m. c. geschieht, so beurtheilt werden wie inter extraneos, d. h. der Beschenkte wird auch hier sofort Usucapient.

Eine Schenkung kan auf sehr verschiedene Weise geschehen: durch Uebertragung eines Rechts, das dem Schenker zusteht, auf den Beschenkten, durch sonstige Bestellung eines Rechts, welches das Vermögen des Schenkers mindert: eines ius in re, einer Forderung gegen den Schenker (Schenkung durch Schenkungsversprechen); durch Aufgeben eines Rechts zum Vortheil des Beschenkten u. s. f. Es fragt sich nun, ob jene Convalescenz für alle der Ehe wegen ungültigen Schenkungen eintritt, in welcher Art sie gemacht sein mögen?

Sehr viele Juristen haben von der Convalescenz die Schenkung durch Versprechen, also durch Obligirung des Schenkers, ausgenommen. Dieser Meinung ist vor kurzem Wächter durch eine Abhandlung im Archiv für civil. Praxis (XVI. 4.) beigetreten. Er unterscheidet zwei Fragen: ob ein Schenkungsversprechen convalescire 1) schon nach dem Recht zur Zeit der classischen Juristen? — oder wenigstens 2) nach dem Justinianischen und heutigen Rechte? - und verneint beide, indem er ausführlich die zweite abhandelt, hinsichtlich der ersten aber dafür hält, daß die bejahende Antwort schon von Andern, unter den Neuern namentlich von Glück, vollständig widerlegt worden sei.

Dies halte ich nicht für gegründet. Ich glaube vielmehr, daß die Ansicht, wornach der Senatsbeschluß, welcher auf die oratio Antonini gefaßt ward, oder was dasselbe ist, diese Oratio selbst auch ein Schenkungsversprechen durch den Tod gültig werden läßt, vollständig gerechtfertigt werden kan [2]).

---

2) Nachdem dieser Aufsaz geschrieben und nur einstweilen zurükgelegt war, ist eine dieselbe Ansicht vertheidigende Abhandlung von Löhr im neusten Heft des Archivs für civil. Praxis (XVI. 9.) erschienen. Er möge jezt als Nachtrag zu dieser gelten.

Ulpian schrieb im 33. Buch ad Sabinum: wie er ihn bisher dargestellt, so sei der Stand der Schenkungen unter Ehegatten gewesen, bis der gegenwärtige Imperator Antoninus Caracalla noch vor dem Ableben seines Vaters Severus durch eine Rede den Senat veranlaßt habe, die Strenge des Rechts durch einen Beschluß in etwas zu mildern [3]); darauf gibt er den Inhalt des Gesezes zuvörderst in der Kürze also an [4]):

> Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a uiro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter uirum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt, et obligatio sit ciuilis, et de falcidia, ubi possit locum habere, tractandum sit, cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est.

Welchen Sinn haben nun die Worte: et obligatio sit ciuilis? Das darf wohl unbedenklich behauptet werden, daß niemand Anstand nehmen würde, sie von der Wirkung einer durch Stipulation geschlossenen Schenkung, also von der Convalescenz eines Schenkungsversprechens zu verstehen, wofern nicht eine andere Stelle [5]) mit diesem Sinne in einem Widerspruch zu stehen schiene, den man nicht auf andere Weise beseitigen zu können glaubt, als indem man den natürlichsten Sinn jener Worte aufgibt, und einen andern mit der zweiten Stelle verträglicheren substituirt.

Wir wollen für's erste davon absehen, ob nicht vielleicht doch die andere Stelle einen Sinn hat, mit wel-

---

3) L. 32. pr. de don. inter uiu.

4) L. 32. §. 1. eod.

5) L. 23. eod.

chem der natürliche und nächste Verstand jener Worte bestehen kan. Es soll wirklich kein solcher Sinn möglich sein; hier aber muß die Interpretation der Worte, die sie mit der zweiten Stelle in Einklang bringen soll, einmal eben so gut sein, als die aufgegebene, und dann muß sie den Einklang auch wirklich vollständig hervorbringen, sonst ist es ein richtigeres Verfahren, entweder den Widerspruch als solchen stehen zu lassen, oder weil die Annahme eines Widerspruchs zwischen zwei Stellen desselben Werks mislich ist, durch eine Emendation zu helfen, wie Anton Faber gethan hat [6]).

Die Erklärungen, welche man von unsern Worten gegeben hat, genügen weder dem einen noch dem andern jener Erfordernisse. Die schlechteste derselben ist wohl die (von Glück gebilligte), daß unter der obligatio ciuilis die Verbindlichkeit der Erben zu verstehen sei, die Schenkung nicht anzufechten. Kaum besser ist eine andere (welcher Glück ebenfalls seine Zustimmung nicht versagt), nach welcher die Worte den Fall einer Schenkung durch Acceptilation, wodurch der Schenker dem Beschenkten eine Schuld erlassen habe, bezeichnen sollen; wenn man fragt, wer denn hier nach Convalescenz der Schenkung obligirt sei, so erhält man eine ähnliche Antwort, wie bei der ersten Erklärung. Beide bedürfen keiner weiteren Widerlegung. Eine dritte und zwar die gewöhnlichste Erklärung läßt den Juristen von der Schenkung einer Schuldforderung gegen einen Dritten sprechen. Die „ciuilis obligatio" wäre also die zwischen dem Beschenkten und dem durch die Schenkung dessen Schuldner gewordenen Dritten. Sieht man nun aber die Stelle selbst an, so findet man darin keine Erwähnung der Personen, zwischen denen die Obligatio existiren soll, und dieses Stillschweigen ist nur dann na-

6) Vgl. nun auch Löhr a. a. O. S. 241.

türlich, wenn eine Obligatio zwischen dem Schenker und dem Beschenkten selbst gemeint ist. Diese Erklärung ist also weit entfernt, so gut und ungezwungen zu sein, als die aufgegebene; überdies stellt sie nicht einmal vollkommen den Einklang mit der L. 23. cit. her, wie sich nachher zeigen wird. Ein vierter Versuch, der wie die beiden lezten auch schon in der Glosse enthalten ist, will die Worte von einem Evictionsversprechen hinsichtlich der durch Tradition geschenkten Sache verstehen; aber bei dieser Erklärung kehrt in der That die hinweg zu interpretirende Schenkung durch Versprechen unter der Hand und nur in der Gestalt eines besondern Falls wieder zurük. Jenes Evictionsversprechen ist nichts, als ein unbedingtes Schenkungsversprechen.

Bleiben wir dagegen bei dem einfachsten und natürlichsten Sinn der Worte, so finden wir, daß dieser noch durch mehrere andere Argumente bestätigt wird.

1) Die zwei Fälle, welche Ulpian nach unserer Erklärung heraushebt, sind gerade die Hauptfälle der Schenkung: Schenkung durch Hingabe und Schenkung durch Versprechen, die mithin als anzuführende Beispiele sich besonders empfahlen. Eben so hebt sie Ulpian bei der Lehre von der Ungültigkeit der Schenkungen in dem vorhergehenden Buch seines Werks hervor: proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quidquam ualet; et si stipulanti promissum sit uel accepto latum, nihil ualet (L. 3. §. 10. h. t.)

2) Ulpian sagt in unserer Stelle: oratio — pertinet — ad omnes donationes inter uirum et uxorem factas, und wenn dieser Ausdruk als Gegensaz gegen das, was der Mann für die Bedürfnisse der Frau angeschaft hat, an seiner Allgemeinheit zu verlieren scheint, so ist dagegen eine gleiche Aeußerung im Verlauf des Fragments ganz bestimmt, unbeschränkt und unzweideutig.

Nachdem er nemlich mehrere Formen der Schenkung erwähnt hat, schließt er mit den Worten: et generaliter uniuersae donationes quas impediri diximus, ex oratione ualebunt (L. 32. §. 23. h. t.) Die Wahl des Worts uniuersae ist von Bedeutung, es verstärkt die Allgemeinheit und Unbeschränktheit des Sazes.

3) Sie wird bestätigt durch die nnmittelbar darauf folgenden, gewöhnlich übersehenen, Paragraphen des Fragments. Wie nun, fragt der Jurist in Folge jener allgemeinen Regel, wenn zwischen Ehegatten schenkungsweise eine Societät, ein Kauf geschlossen worden ist, hat der Beschenkte nach dem Tod des Schenkers aus der Oratio die actio pro socio, die actio emti? (L. 32. §. 24. 25. 26. h. t.) Die Frage ist nicht, ob das Miteigenthum oder Eigenthum in Folge einer nach jenen Verträgen geschehenen Tradition erworben werde, sondern ob die persönliche Klage entstehe. Hier ist also von einer geschenkten Forderung gegen den Schenker (der Forderung aus der Societät, dem Kaufvertrag) die Rede, mithin in der That von einem Schenkungsversprechen. Diese Frage nun hätte Ulpian in dieser Art nicht aufwerfen können, wenn die Oratio sich auf ein Schenkungsversprechen gar nicht bezog, oder wenn er sie aufwarf, hätte er sie aus diesem Grund verneinen müssen. Das thut er aber nicht: die Forderung entsteht vielmehr nur deswegen nicht, weil der Vertrag an und für sich ungültig ist, weil eine actio emti und pro socio hier überall auch unter Nichtehegatten nicht entstehen würde: idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros, et propter hoc nec inter uirum et uxorem. Dies ist so entscheidend, daß, wie ich glaube, nach diesen Stellen allein, namentlich in ihrem Zusammenhang mit der unbeschränkten Regel des §. 23. angenommen werden müßte,

Ulpian habe die Oratio auch auf Schenkungsversprechen bezogen.

4) Nach demselben Grundsaz entscheidet Ulpian auch über die stipulatio annui zwischen Mann und Frau [7]). Ein Jahrgeld, das der Mann der Frau gibt, ist keine ungültige Schenkung, so weit es nicht das billige Maas übersteigt; ob er den Unterhalt der Frau, zu dem er als Mann moralisch verpflichtet ist, durchgängig selbst besorgt, oder ihr, wie man es bei Sclaven und auch bei Söhnen zu machen pflegte, die Besorgung ganz oder theilweise mit Anweisung einer Summe überläßt, ist gleich. Dagegen wäre umgekehrt ein Jahrgeld, das die Frau gäbe, wider die Natur, da der Mann die Frau, nicht die Frau den Mann zu ernähren hat, es würde unter den Begrif einer ungültigen Schenkung fallen. Am Anfang der allegirten Stelle nun ist von einem Jahrgeld, das die Frau vom Mann, am Ende von einem, welches der Mann von der Frau stipulirt hat, die Rede. Das lezte ist unbezweifelt eine ungültige Schenkung, auch von dem ersten Fall wird dies gesagt, weil der Mann doch nicht verbunden ist, seiner Frau ein Jahrgeld zu geben. Diese Schenkungen werden gültig vermöge der Oratio, der Stipulator hat nach dem Tod des Schenkers die Klage aus der Stipulation. Man weiß sich gegen diese Anwendung der Oratio auf ein Schenkungsversprechen nicht anders als dadurch zu helfen, daß man sie für eine Ausnahme erklärt. Diese Ausflucht ist durch keine Sylbe der Stelle selbst motivirt, soll sie nicht ganz muthwillig erscheinen, so müßte sich wenigstens ein scheinbarer Grund für die Ausnahme angeben lassen. Als ein solcher kan nicht gelten: die Stipulation möchte vielleicht schon während der Ehe theilweise erfüllt worden sein [8]), denn abge-

---

7) L. 33. h. t. Vgl. Löhr a. a. O. S. 237 f.

8) Connanus Comm. VIII. 11. Ferner Vinnius in ei-

sehen davon, daß von diesem Motiv in der Stelle selbst keine Spur vorkomt, so wäre erst noch zu beweisen, daß die theilweise Erfüllung diese Wirkung haben müsse. Wenn man ferner den Grund in der Natur und Solennität des Annuum suchen wollte, so würde dies für den zweiten Fall, wo dasselbe contra sexus naturam von der Frau komt, nichts entscheiden. Man wird also auch hier anerkennen müssen: die Meinung Ulpian's ist an und für sich so sicher als möglich, nur scheint uns dieselbe nicht vereinbar mit der L. 23. h. t. [9]).

---

ner Abhandlung (Sel. quaest. II. 15.) auf welche sich die Späteren bei dieser Materie vornehmlich berufen, die aber ungeachtet aller fremden Federn, mit welchen der glükliche Plagiator sie ausgeziert hat, ein schlechtes Machwerk ist.

9) Beiläufig soll auch noch ein Rescript Alexander's (de dote cauta) erwähnt werden, weniger um es zur Bestätigung der wahren Ansicht Ulpian's zu gebrauchen (s. Löhr a. a. O. S. 238.), die keineswegs unbedingt darin enthalten ist, als um eine Erklärung, welche die Gegner davon gegeben haben, zu beseitigen. Wenn der Mann während der Ehe etwas von dem Seinigen zur Dos, in der Absicht zu schenken, zugeschrieben hat, übrigens diese Schenkung in gehöriger Form gemacht worden, und der Schenker ohne Widerruf während der Ehe gestorben ist, so kan dieser Zuwachs von den Erben des Mannes, so weit die Schenkung bekräftigt ist, gefordert werden. Vinnius, wie auch Accursius und Andere sezen hier eine breui manu traditio voraus, die eben dadurch geschehe, daß der Mann seine Sache als Dotalsache in das Dotalinstrument einschreibe. Obgleich Wächter dies billigt, sehe ich doch nicht ein, wie diese Annahme möglich ist. Eine Tradition sezt doch voraus, daß der Empfänger Besizer werde, bei der breui manu traditio so, daß der Tradent in Zukunft in seinem Namen besizt. Keines von beiden geschieht, wenn der Mann seine Sachen als Dotalsachen in das Instrument sezt. Indem er sie zur Dos machen will, will er ja die Frau nicht zur Besizerin machen, denn er ist ja Besizer der Dotalsachen. Man müßte sagen, es liege in dem Einschreiben eine doppelte Tradition, vom Mann an die Frau (als Constitutum) und von der Frau an den Mann (als b. m. tr.). Aber geschweige, daß das Adscribiren eine Tradition wäre, ist es vielmehr ein Act, der an sich gar keine juristische Wirkung hat, wie dies das Rescript selbst ausdrüklich anerkennt, indem es donationem legitime confectam als Voraussezung hinzufügt. Es muß also noch etwas hinzukommen, nemlich ein kräftiger Schenkungsact. Dies kan nun Tradition an die Frau sein, die es wieder als Dos zurükgibt, aber viel näher liegt der einfachere Weg, daß das incrementum in die

Das Resultat des Bisherigen ist, daß in allen jenen Stellen zusammengenommen **Ulpian** seine Ansicht von der Convalescenz auch eines Schenkungsversprechens nach der Oratio **Antonin's** und dem darauf gemachten Senatusconsultum ganz unzweideutig erklärt hat. Was steht nun aber dennoch der Annahme dieser Convalescenz entgegen?

1) Ist früher häufig das Recht der Lex Cincia entgegengesezt worden. Diesen Einwurf hat **Wächter** selbst auf eine befriedigende Weise beseitigt.

2) Den Argumentationen der Früheren gegen jene Convalescenz liegt sehr gewöhnlich die Vorstellung zu Grunde, eine durch Stipulation gemachte Schenkung sei eigentlich noch gar keine vollkommene. Diese Meinung, die mehr als alles Andere von einer unbefangenen Betrachtung der Sache abgehalten hat, bedarf jezt wohl keiner besonderen Widerlegung mehr. In der That, die Schenkung, wenn nicht schon die Stipulation sie vollkommen enthielte, würde dann auf diesem Wege gar nicht möglich sein, denn die nachherige Erfüllung ist nicht mehr Schenkung, Liberalität, sondern Erfüllung einer Verbindlichkeit. Der Versprecher schenkt, indem er verspricht, nicht indem er sein Versprechen erfüllt, wozu er gezwungen werden kan.

3) **Ulpian** führt aus der Oratio eine Stelle an, worin es heißt: Fas esse, eum quidem, qui donauit, poenitere: heredem uero eripere forsitan aduersus uoluntatem supremam eius qui donauerit, durum et auarum esse. Entrissen, sagt man, könne jemanden doch nur

---

stipulatio dotis aufgenommen wird, so daß diese dann theilweise auf einer Schenkung beruht. (Nach Justinianischem Recht würde allerdings schon in jenem mit Uebereinstimmung Beider geschehenen Abscribiren eine Schenkung liegen, da es einer bloßen animo donandi irgendwie geschlossenen Uebereinkunft Klagbarkeit gegeben hat.)

das werden, was er schon habe, die Oratio wolle nur nicht, daß dem Beschenkten entrissen werde, was er erhalten hat, und folglich mache sie nicht ein Schenkungsversprechen gültig. Es scheint mir mehr als bedenklich zu sein, auf ein Wort, welches nicht ein Theil der gesezlich auszusprechenden Bestimmung sein sollte, sondern zu der offenbar etwas rednerisch eingekleideten Motivirung derselben gehörte, ein so übermäßiges Gewicht zu legen. Diese Methode könte uns so weit führen, die ganze Convalescenz überhaupt abzuläugnen. Denn, könte man mit derselben Genauigkeit sagen, der Gesezgeber will lediglich, daß dem Beschenkten nicht entrissen werde, was er schon hat. Was er aber bei einer Schenkung durch Tradition hat, ist nicht das Eigenthum, sondern blos der Besiz, sollte er durch den Tod des Schenkers Eigenthümer werden, so würde ihm das Gesez etwas geben, was er nicht schon hat, es würde sich also keineswegs darauf beschränken, das Entreißen von Seiten des Erben auszuschließen. Uebrigens verliert der Einwand seine Kraft, auch wenn wir nur, wie billig, ein anderes, unmittelbar daneben stehendes Wort nicht übersehen. Ich meine das Wort forsitan. Dies kan nicht zu dem folgenden aduersus uoluntatem gezogen werden, es gibt also dem Wort eripere die Unbestimmtheit eines nicht auf alle Fälle vollkommen gleich passenden Ausdruks.

4) In der (unglossirten) Novelle 162. entscheidet Justinian über einige Rechtsfragen, die ihm als zweifelhaft vorgelegt worden waren. Dahin gehören auch die Schenkungen unter Ehegatten, und namentlich erklärt er hier, ein Schenkungsversprechen soll durch den Tod des Schenkers convalesciren [10]. Zum Beweis, wie man glaubt, daß

---

10) Vinnius meint, die Novelle sei gar nicht von Justinian, deshalb habe sie keine Inscription, die den Namen des Gesezgebers enthalte!

das frühere Recht diese Convalescenz, welche erst die Novelle verordnet, nicht gekant habe [11]). Aber der Fall war folgender: der Mann hatte der Frau Sachen geschenkt, ohne sie zu tradiren, sie vindicirte sie nach dem Tode des Schenkers, die Erben wandten den Mangel der Tradition ein. Justinian erklärt: in Erwägung seiner Constitution, wornach ein Schenkungsversprechen auch ohne Stipulation gültig sei, in Erwägung ferner, daß das Recht der Lex Cincia (und die daher sich schreibende Nothwendigkeit der Tradition) vorlängst abgeschaft sei, solle jene Schenkung gültig, die Frau, wenn tradirt sei, eine Exceptio, wenn stipulirt, die actio ex stipulatu, wenn ohne Tradition und Stipulation geschenkt sei, die condictio ex lege haben. Was war denn nun den Richtern bei diesem Fall zweifelhaft gewesen? Man nimt an: die Convalescenz eines Schenkungsversprechens. Wäre dies auch der Fall, so würde die Novelle doch kein Argument gegen die Convalescenz abgeben [12]). Aber weder der Fall noch die Entscheidung deuten es an. Eben so möglich ist folgendes. Die Digesten ließen die Convalescenz eintreten bei einer Schenkung durch Tradition und Stipulation; nun hatte Justinian im Codex verordnet, Schenkungen könten auch durch bloßes Pactum gemacht werden. Hier konte es nun bedenklich scheinen, bei einer solchen Schenkung auch die Convalescenz, wie bei der Stipulation eintreten zu lassen. Der Schenker konte ohne Widerruf gestorben sein, weil er jenes augenblikliche, ohne Form und daher vielleicht ohne gehörige Ueberlegung gemachte Versprechen ganz vergessen hatte. Dazu kam, daß die Richter, an das Constantinische Recht gewöhnt, noch immer geneigt waren, einer ohne Tradition gemachten Schenkung weniger Wirksamkeit beizulegen.

11) Wächter a. a. O. S. 110.
12) Löhr a. a. O. S. 242.

5) Man führt auch ein Rescript Diocletian's aus den Vatikanischen Fragmenten (§. 276.) an: Si pater tuus nomine matris tuae de sua pecunia emit donationis causa eique tradidit, et decedens non reuocauit, ad illam recte donationem contulisse uidetur. Intelligis, frustra te uelle experiri, cum oratione Diui Seueri huiusmodi donationes post obitum eorum qui donauerunt, confirmentur. Wie soll denn ein Rescript, welches von einer durch Tradition gemachten Schenkung sagt, sie sei durch den Tod des Schenkers gültig geworden, den Beweis liefern, daß dies der einzige Fall der Convalescenz ist? Durch die Worte eique tradidit und huiusmodi [13]). Aus den Worten eique tradidit indessen läßt sich nichts folgern, weil sie nur die wirkliche Schenkung in diesem Falle bezeichnen, die durch das bloße Kaufen noch nicht geschlossen wäre. Huiusmodi aber soll den Sinn haben: „blos solche durch Tradition geschlossene Schenkungen." Ist dies richtig, so beweiset die Stelle nicht blos gegen die Convalescenz einer durch Stipulation, sondern auch einer durch Acceptilation, überhaupt jeder nicht durch Tradition gemachten Schenkung.

6) Alle bisher beleuchteten Einwürfe sind von der Beschaffenheit, daß Niemand daran gedacht haben würde, sie als solche geltend zu machen, wenn nicht folgende Stelle in die Pandekten aufgenommen worden wäre. Aus Ulpian's sechstem Buch ad Sabinum steht nemlich in L. 23. h. t.

> Papinianus recte putabat, orationem D. Seueri ad rerum donationem pertinere, denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conuenire posse heredem mariti, licet durante uoluntate maritus decesserit.

---

13) Wächter a. a. O. S. 109.

Daß Ulpian hier die Meinung Papinian's, wornach ein Schenkungsversprechen nicht convalescirt, zu billigen scheint, ist die Schwierigkeit, die gewöhnlich allein hervorgehoben wird. Aber sie ist nicht die einzige. Vor Allem ist es auffallend, daß Ulpian unter der Regierung des Caracalla (im 33. Buch des Werks — L. 23. h. t. — wird er als der regierende Princeps aufgeführt) die Oratio, welche doch von diesem, wenn gleich noch als Mitregenten des Severus, herrührt, dem verstorbenen Regenten zuschreibt (denn er läßt nicht Papinian selbst sprechen, der den Severus genant haben könte); der umgekehrte Fall wäre als ein Compliment für den Jeztregierenden erklärlicher. Dann hat die Fassung der Stelle eine auffallende historische Farbe; sie liegt besonders in der Widerholung des Worts putabat: denique — non putabat conueniri posse. Diese Redeweise würde bei weitem mehr für einen historischen Saz, der zwar früher ganz richtig war, aber jezt nicht mehr galt, als für die Berufung auf einen auch jezt noch gültigen passen. Endlich, und dies ist die Hauptsache, wenn wir annehmen, daß Ulpian hier eine geltende Bestimmung mittheilt, so steht dies keineswegs blos in Widerspruch mit der Convalescenz eines Schenkungsversprechens, sondern mit der Convalescenz einer jeden Schenkung, die nicht rerum donatio ist [14]).

Denn kan eine Schenkung durch Acceptilation, durch Delegation, durch Uebernahme einer Verbindlichkeit für den Beschenkten eine rerum donatio genant werden? Wenn der Mann der Frau eine Forderung gegen einen Dritten gibt, soll dies eher rerum donatio heißen, als wenn er ihr eine Forderung gegen sich selbst gibt? Unter rerum donationes s. g. vollzogene Schenkungen zu verstehen, ist

14) Vgl. Löhr a. a. O. S. 241.

höchst willkührlich; eine rei donatio ist die, welche durch Geben einer res geschlossen ist, oder kurz, wodurch ein res geschenkt ist, das ist aber bei der Acceptilatio, und wenn die Schenkung darin besteht, daß der Beschenkte von einem Dritten stipulirt, eben so wenig der Fall, als wenn er von dem Schenker stipulirt.

Es ergibt sich daraus, daß die Stelle, wenn sie einen geltenden Rechtssaz enthält, nicht blos der hier vertheidigten, sondern jeder Theorie widerspricht, die man über die Convalescenz der Schenkungen aufgestellt hat, und daß dabei Ulpian nicht blos mit seinem Schenkungsversprechen, sondern auch mit seiner obligatio remissa und seinen uniuersae donationes überhaupt zu kurz komt. Die Gegner der Convalescenz des Schenkungsversprechens mögen sich also nur mit denen, welche sie behaupten, vereinigen, um das Hindernis zu beseitigen, welches unsere Stelle den einen so gut wie den andern entgegenstellt.

Ich meines Theils sehe dafür keinen andern Weg, als die historische Natur der Stelle nachzuweisen und zu begründen. Diesen Versuch hat Anton Faber dadurch gemacht, daß er das Wort recte wegstrich. Diese etwas gewaltsame Hülfe würde aber nicht einmal alle Schwierigkeiten heben, welche die Stelle darbietet. Eben so willkührlich aber, und überdies dem Wort pertinere widersprechend, ist die Meinung Anderer: Ulpian gebe dem Papinian nur darin Recht, daß die Worte der Oratio allerdings blos die rerum donatio erwähnten; nach dem Geist des Gesezes habe er dasselbe auch auf andere Schenkungen bezogen.

Endlich ist man auch auf den Gedanken gekommen, ob nicht die oratio Seueri, die in unseren Stellen erwähnt wird, eine andere sei, als die oratio Antonini, von welcher Ulpian sonst spricht [15]). Hiernach hätte Severus früher die Convalescenz nur sehr beschränkt eingeführt, durch ein neues Gesez vier Jahre vor seinem Tode wäre sie dann auf alle Schenkungen ausgedehnt worden. Diese Meinung verdient, wie es mir scheint, näher erwogen zu werden, als es bisher geschehen ist.

Ulpian sagt in L. 32. §. 1. h. t. die Rede des gegenwärtigen Regenten non solum ad ea pertinet, quae

15) Glück (Commentar XXVI. S. 97) nent diese Meinung eine thörichte, es dürfte aber eher der Einwurf, mit dem er sie für beseitigt hält, dieses Prädikat verdienen.

nomine uxoris a uiro comparata sunt, sed ad omnes donationes etc. Dies, so wie die mehrmalige Versicherung, daß alle Schenkungen vermöge dieser Oratio gültig werden, erhält einen viel bestimmteren Sinn, wenn ein Gesez vorausging, welches zunächst blos jene Schenkungen bestätigt hatte. Parallel mit jener Aeußerung ist das obige Rescript Diocletian's (Vat. fragm. §. 276.) wo der Fall, daß der Mann für die Frau etwas angeschaft hatte, nach der Oratio des Severus entschieden wird. Und in der That, wenn ein Gesezgeber nicht für alle Schenkungen die Convalescenz eintreten lassen wollte, so konte keine mehr Anspruch darauf haben, als die von Sachen, die ein Gatte für den andern erst angeschaft hatte, und welche es so gewöhnlich war, der Frau im Testament zu legiren. Ferner werden durch diese Annahme alle erhobenen Bedenken gegen unsere Stelle beseitigt. Papinian sagte mit Recht, daß dieses Gesez nur auf rerum donationes gehe, daß die Sache angeschaft und der Frau wirklich tradirt worden sein müsse. Endlich fehlt es auch nicht an einer noch bestimmteren Bestätigung derselben. In L. 3. C. h. t. sagt Caracalla von einer Schenkung von Sklaven und andern Sachen, daß sie unter der gehörigen Voraussezung et ex mea et ex D. Seueri patris mei constitutione confirmata est, eine Redeweise, die am natürlichsten zwei verschiedene Geseze voraussezt.

Man hat dagegen erinnert, daß Papinian den Severus überlebt und also auch die Oratio des Caracalla gekant habe. Diese Widerlegung verdiente ebenfalls Duarenus, welcher glaubte, Papinian sei vor Severus gestorben, sonst aber würde dieser Einwurf voraussezen, daß Papinian alle seine Schriften in seinen fünf lezten Lebensjahren geschrieben habe. Daß er auch in dieser Zeit seines Lebens geschrieben hat, ist freilich anzunehmen, und so könte möglicherweise eine Stelle des 12. Buchs seiner Responsa schon die zweite Oratio meinen (Vat. fragm. §. 294.), aber Niemand wird es darum für unwahrscheinlich halten, daß der größte Theil seiner Schriften aus der Zeit vor jenen lezten fünf Jahren herrühre. Eher ließe sich gegen die Annahme eines früheren Gesezes der Eingang der L. 32. h. t. anführen, doch schließt auch dieser die Existenz eines solchen nicht absolut aus.

Wie dem auch sei, so ging meine Absicht dahin, zu

zeigen, daß das Verhältnis der Stellen pro und contra ein ganz anderes ist, als Viele, und so auch noch Wächter, annahmen. Die deutlichen, bestimmten, unzweideutigen Stellen sind die, welche für die Convalescenz einer durch Stipulation geschlossenen Schenkung sprechen, die einzige Stelle, die dagegen zu sein scheint, ist undeutlich, und würde, wenn man sie dessen ungeachtet als die entscheidende betrachtete, die Convalescenz nicht blos der Schenkungsversprechen, sondern aller anderen Schenkungen, als der von Sachen aufheben. Das Resultat ist: wir haben den Inhalt jener sichern Stellen festzuhalten, die L. 23. cit. aber als ein Räthsel zu betrachten, an dessen Lösung der sich versuchen möge, dem die obenberührte Hypothese nicht genügt.

Es ist noch eine praktische Bemerkung zu machen. Der Umstand, welcher die Convalescenz bewirkt, ist in unsern Quellen so bestimmt: wenn der Schenker ohne Willensänderung gestorben ist. Es ist keine positive Confirmation nöthig, die der Beschenkte beweisen müßte, vielmehr so wie nicht die Willensänderung bewiesen werden kan, convalescirt die Schenkung [16]). Dies hat kein Bedenken bei Schenkungen von Sachen, aber eben so wenig bei einem Schenkungsversprechen, so lange dieses zu seiner Gültigkeit einen förmlichen Act, wie die Stipulation, voraussezte. Nun hat aber Justinian dieselbe Wirkung einem formlosen Pactum beigelegt, bei welchem, indem hier keine juristische Form an die juristische Wirkung erinnert, viel eher eine Uebereilung, und noch leichter ein Vergessen desselben möglich ist. Sollen wir nun hier auch jene Bestimmung anwenden, die unter andern Voraussezungen gegeben ist? Keineswegs: der Ehegatte, welchem lediglich durch ein formloses Pactum geschenkt ist, muß, wenn er sich darauf beruft, daß der Schenker ohne Widerruf gestorben sei, die Fortdauer des Bewußtseins von der gemachten Schenkung erweisen, ohne welche der Umstand, daß kein Widerruf erfolgt ist, ohne Bedeutung wäre.

---

16) L. 32. §. 4. h. t.

X.

Nachtrag zu Biener über des Tilius Samlung germanischer Rechtsbücher, Zeitschr. f. gesch. RW. V. Nro. 12.

Von Blume.

Die königliche Bibl. zu Hannover hat kürzlich (von Hn. Prof. Warnkönig?) ein Exempl. dieses Buches erworben, welches keinen gemeinsamen Titel (Aureae uenerandaeque etc.) hat, und die sechs Stücke in folgender Ordnung enthält:

1) L. Burg. 2) Libelli etc. 3) Rip. leges. 4) Lex Alam. 5) Antiq. Baiuu. lex. 6) Vetus L. Sax.

Was aber dieses Exempl. auszeichnet, sind folgende Notizen auf der ersten Seite, von drei oder vier verschiedenen Händen geschrieben:

Antonii Schonhornii.
Petrus Adurnus D. E. Laurino d. dedit. 1557.
Sum Ioannis de Rolii.
Dono Ioannis Tilii qui has edidit.

Die lezte Zeile ist vielleicht von derselben Hand, welche den Namen Ant. Schönhorn schrieb; von den folgenden Zeilen ist sie völlig verschieden. Die Personen sind mir sämtlich unbekant.

Aus diesen Notizen kan nun zweierlei gefolgert werden:

1) eine neue Bestätigung dafür, daß Dutillet wirklich der Herausgeber war.

2) daß das Buch vor 1557 gedrukt sein muß, da es in diesem Jahr wenigstens schon in die zweite, wahrscheinlich aber in die dritte Hand überging. Biener hatte früher die Zeit kurz vor 1570. für wahrscheinlicher gehalten.



